ZUR VEREINHEITLICHUNG

DER VERWALTUNGSGERICHTLICHEN VERFAHRENSORDNUNGEN

- Das Verfahren im ersten Rechtszug -

DISSERTATION

zur Erlangung des Doktorgrades
der Juristischen Fakultät
der Georg-August-Universität zu Göttingen

vorgelegt von
Arnd Knauer
aus Halle an der Saale

Göttingen 1968

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41544311_0010

Fotodruck: ANDREAS FUNKE, Offsetdruck
34 Göttingen . Wendenstraße 5b

ZUR VEREINHEITLICHUNG

DER VERWALTUNGSGERICHTLICHEN VERFAHRENSORDNUNGEN

- Das Verfahren im ersten Rechtszug -

DISSERTATION

zur Erlangung des Doktorgrades
der Juristischen Fakultät
der Georg-August-Universität zu Göttingen

vorgelegt von
Arnd Knauer
aus Halle an der Saale

Göttingen 1968

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Berichterstatter: Prof. Dr. Werner Weber
Mitberichterstatter: Prof. Dr. Wolfram Henckel

Tag der mündlichen Prüfung: 29. Mai 1968

Seite

1. Abschnitt: Einführende Bemerkungen

§ 1 Vereinfachung und Vereinheitlichung des Gerichtswesens (rechtspolitische Forderungen) 1

§ 2 Vereinheitlichung des Verwaltungsprozeßrechts 3
I Rechtspolitische Bedeutung 3
II Grenzen und Möglichkeiten der Vereinheitlichung 4
1) Verfassungs-, Straf- und Zivilprozeß 4
2) Verwaltungs-, Finanz- und Sozialgerichtsprozeß 5
III Methode 6

§ 3 Die Verschiedenheit der Usprünge 9
I Allgemeine Verwaltungsgerichtsbarkeit 9
II Finanzgerichtsbarkeit 12
III Sozialgerichtsbarkeit 13
IV Zusammenfassung 14

2. Abschnitt: Die Verfügung über das Prozeßrechtsverhältnis

§ 4 Dispositionsgrundsatz 15

§ 5 Klageerhebung 16
I Form 16
II Stelle der Klageerhebung 18
III Inhalt der Klageschrift 19
IV Wirkung der Klageerhebung: Rechtshängigkeit 22
1) Unzulässigkeit neuer Klage 22
2) Perpetuatio fori 23

§ 6 Bindung an den Klageantrag 24

§ 7 Widerklage 26
I § 89 Abs. 2 VwGO, § 100 SGG 26
II Im finanzgerichtlichen Verfahren 28
III Allgemeine praktische Bedeutung 30

Seite

§ 8 Änderung der Klage 31
I Rezeption des § 268 ZPO 31
II Einwilligung der Beteiligten 31
III Einbeziehung eines ändernden oder ersetzenden Bescheides in das Gerichtsverfahren 32
1) § 68 FGO und § 96 SGG 33
a) Auf Antrag oder ex lege? 33
b) § 68 FGO: nur bei Anfechtungsklagen? 34
2) Rechtslage nach der VwGO 35

§ 9 Rücknahme der Klage 38
I Letzter Zeitpunkt der Zulässigkeit 38
II Zustimmung zur Klagerücknahme 39
1) Zustimmung des Beklagten 39
2) Zustimmung des Vertreters des öffentlichen Interesses 40
3) Zustimmung bei Verzicht auf die mündliche Verhandlung 41
4) Zustimmung nach Ergehen eines Vorbescheides 42
III Wirkungen der Klagerücknahme 43
1) Praktische Bedeutung der Abweichung für den Prozeß 43
2) Klageverlust nach § 72 Abs. 2 FGO 44
3) Erledigung des Rechtsstreits nach § 102 S. 2 SGG 45
a) Prozessuale Bedeutung 45
b) Materiellrechtliche Bedeutung 46
IV Geltendmachen der Unwirksamkeit der Klagerücknahme 47

§ 10 Verzicht auf Klage 47
I § 50 FGO 47
II Regelung nach der VwGO 48
III Regelung nach dem SGG 50
IV Vorweggenommener Klageverzicht 51

Seite

3. Abschnitt: Der Gang des Verfahrens

§ 11 Grundsatz der mündlichen Verhandlung 52

I Entscheidung durch Vorbescheid 52

1) Voraussetzungen nach § 90 Abs. 3 FGO 52

a) Sinn und Zweck 52

b) Historische Entwicklung und Entwicklungsgeschichte 54

c) Kritik 55

2) Entscheidender Spruchkörper 59

3) Rechtsmittelbelehrung 59

II Verhandlung und Entscheidung beim Ausbleiben von Beteiligten 60

1) Ausbleiben aller Beteiligten 60

2) Ausbleiben eines Beteiligten 60

III Entscheidung bei Entfernung eines Beteiligten aus dem Gerichtssaal aus sitzungspolitischen Gründen 61

§ 12 Konzentrationsmaxime, Vorbereitung der Verhandlung 62

I Vergleichsabschluß 62

1) Im SGG 62

2) Nach der FGO 63

II Vorbereitender Richter 63

III Ladung von Zeugen und Sachverständigen nach § 106 SGG 64

IV Allgemeine Auskunftspflicht nach § 106 Abs. 3 Nr. 2 u. 3 SGG? 64

V Einholung schriftlicher Zeugenaussagen 65

VI Kommissarische Vernehmung von Zeugen 67

VII Zeitpunkt der Ladung 68

VIII Mitteilung der Anordnung 69

§ 13 Die Übersendung der Klage an den Beteiligten 71

I Übersendende Stelle 71

II Form der Übersendung 71

III Aufforderung zur Gegenäußerung 72

1) Hinweis auf die Folgen unterbliebener Gegenäußerung 72

2) Dauer der Frist zur Klageerwiderung 73

Seite

§ 14 Das Einreichen vorbereitender Schriftsätze 74
I Einzelne Wortvergleiche 74
1) Pflicht zum Einreichen von Schriftsätzen 74
2) Aufforderung unter Fristsetzung 74
3) Beifügung von Abschriften 74
4) Abschriften von Urkunden 74
5) Pflicht zur Beifügung 74
6) Abschriften bei umfangreichen Aktenstücken 75
II Form der Übersendung 75
III Übersendung der Abschrift des geänderten Verwaltungsaktes 76
1) Nach dem SGG und der FGO 76
2) Nach der VwGO 76

§ 15 Terminsbestimmung, Ladung 77
I Ladung - Mitteilung 77
II Hinweis auf die Folgen des Ausbleibens 78
III Ladungsfristen 78

§ 16 Leitung und Gang der mündlichen Verhandlung 79

§ 17 Sitzungsprotokoll 79

§ 18 Verweisung bei örtlicher und sachlicher Unzuständigkeit 80

§ 19 Verbindung und Trennung von Prozessen 82
I Zulässigkeit der Prozeßverbindung 82
1) § 93 VwGO, § 113 SGG 82
2) § 73 FGO 83
II Prozeßverbindung bei notwendiger Beiladung 84
III Prozeßtrennung 84

§ 20 Aussetzung, Unterbrechung und Ruhen des Verfahrens 85
I Aussetzung 85
1) § 114 Abs. 1 SGG 85
2) Rezeption des § 149 ZPO 86

Seite

II Unterbrechung und Ruhen des Verfahrens, Geltung der §§ 239 - 252 ZPO 87
1) § 239 Abs. 2 ZPO 87
2) § 239 Abs. 3 ZPO 88
3) § 239 Abs. 4 ZPO 88
4) § 246 ZPO 88
5) § 250 ZPO 89
6) § 251 ZPO 91
7) § 251 ZPO 92
8) § 252 ZPO 92

4. Abschnitt: Die Beweiserhebung

Erster Unterabschnitt: Allgemeines, Beweismittel

§ 21 Untersuchungsgrundsatz 93
I Inhalt 93
II Sinn und Zweck 94

§ 22 Die Mitwirkung der Beteiligten als allgemeiner Grundsatz 97
I § 103 SGG 97
II Allgemeine Mitwirkungspflicht der Beteiligten 98
III Mitwirkungspflicht nach § 92 SGG? 99
IV Behauptungslast der Steuerpflichtigen? 101

§ 23 Die besonderen Mitwirkungspflichten der Steuerpflichtigen 103
I Positive Rechtslage 103
II Kritik 105
1) Verwaltungsakzessorische Ermittlungsbefugnisse in der Verwaltungsgerichtsbarkeit? 105
a) Weitergehende Befugnisse der Gerichte? 105
b) Weitergehende Befugnisse der Verwaltung? 107
2) Behördenakzessorische Ermittlungsbefugnisse der Finanzgerichte? 108
a) Stellung der Finanzgerichte 108
b) Untersuchungsgrundsatz 110

Seite

c) Die Berücksichtigung tatsächlicher Besonderheiten des Steuerrechts 111
d) Ermittlungsbefugnisse der Finanzämter 112
e) Das Legalitätsprinzip 113
aa) Bedeutung 113
bb) Gesetzliche Durchführung 114
cc) Legalitätsprinzip und Rechtsschutz 115
f) Prozeßökonomie 116
g) Streitgegenstand und objektive Grenzen der materiellen Rechtskraft des finanzgerichtlichen Urteils 119
h) Rechtsschutzgesichtspunkte 129
3) Die Mitwirkungspflichten der Steuerpflichtigen 130

§ 24 Anordnung persönlichen Erscheinens 132
I Allgemeine Sanktionen 132
II § 118 Abs. 3 SGG 133

Zweiter Unterabschnitt: Beweismittel

§ 25 Parteivernehmung nach dem SGG? 134
I Positive Regelung 134
II Kritik 135
1) Rechtfertigungsversuch 135
2) Parteivernehmung - Parteianhörung 136

§ 26 Die Pflichten der Zeugen im Steuerprozeß 139

§ 27 Die Schätzungsbefugnis der Finanzgerichte 140

§ 28 Die Pflicht der Behörden zur Vorlage von Akten und zur Erteilung von Auskünften 144
I Entbindung von dieser Pflicht durch das Steuergeheimnis 144
II Die Pflicht zur Geheimhaltung 144
III Das Verfahren bei Weigerung 147
1) Erklärung der Weigerung 147
a) Beim Steuergeheimnis 147
b) Bei oberen Bundes- und Landesbehörden 148
2) Umfang der gerichtlichen Bindung 148
IV Aktenübersendung durch das Finanzamt (§ 71 Abs. 2 FGO) 149

Seite

Dritter Unterabschnitt: Das Verfahren

§ 29 Die Behandlung von Beweisanträgen 151
I § 86 Abs. 2 VwGO 151
II § 109 SGG 152

§ 30 Mündlichkeit und Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme 154

§ 31 Geltung von ZPO-Vorschriften beim Beweisverfahren 155
I Allgemeines 155
II Zeugnisverweigerungsrecht 156
1) Bei naher Verwandtschaft 156
2) Kraft Berufes und Vertrauensverhältnisses 157
a) Einzelne Berufe 157
b) Sachlicher Umfang 159
3) Aussageverweigerungsrecht aus sachlichen Gründen 160
III Beeidigung 162
1) Voraussetzungen 162
2) Eidesverweigerungsrecht 163
IV Zwischenstreit über das Zeugnisverweigerungsrecht 164
V Sachverständigen-, Urkunden- und Beweis durch Parteivernehmung 167
VI Beweissicherungsverfahren 168
1) Voraussetzungen 169
2) Zuständigkeit 169
VII Zusammenfassung 170

§ 32 Rechte der Beteiligten 171
I Fragerecht der Beteiligten 171
II Recht auf Akteneinsicht 172
1) Beschränkung aus § 120 SGG 172
2) Übersendung, Mitnahme von Akten 175
III Mitteilung von Besteuerungsgrundlagen 177

I. Abgekürzt zitierte Zeitschriften und Sammelwerke

AS	:	Amtliche Sammlung
AöR	:	Archiv für öffentliches Recht
BArbBl	:	Bundesarbeitsblatt
BayVBl	:	Bayrische Verwaltungsblätter
BB	:	Betriebsberater
BFH	:	Bundesfinanzhof, Amtliche Sammlung von Entscheidungen
BG	:	Die Berufsgenossenschaft
BGBl	:	Bundesgesetzblatt
Breithaupt	:	Breithaupt, Sammlung von Entscheidungen aus dem Gebiet der Sozialversicherung
BSG	:	Bundessozialgericht, Amtliche Entscheidungssammlung
BStBl	:	Bundessteuerblatt
BVersBl	:	Bundesversicherungsblatt
BVerwG	:	Bundesverwaltungsgericht, Amtliche Entscheidungssammlung
DAnwBl	:	Deutsches Anwaltblatt
DB	:	Der Betrieb
DÖV	:	Die öffentliche Verwaltung
DOK	:	Die Ortskrankenkasse
DRiZ	:	Deutsche Richterzeitung
DStR	:	Deutsches Steuerrecht
DV	:	Deutsche Verwaltung
DVBl	:	Deutsches Verwaltungsblatt
EFG	:	Entscheidungen der Finanzgerichte
FR	:	Finanzrundschau
GBl	:	Gesetzblatt
GS	:	Gesetzessammlung
GVBl	:	Gesetz- und Verordnungsblatt
HFR	:	Höchstrichterliche Finanzrechtsprechung
JJahrb	:	Juristenjahrbuch
JR	:	Juristische Rundschau
JuS	:	Juristische Schulung
JW	:	Juristische Wochenschrift
JZ	:	Juristenzeitung
KOV	:	Kriegsopferversorgung

MDR	:	Monatsschrift für Deutsches Recht
NJW	:	Neue Juristische Wochenschrift
RdA	:	Recht der Arbeit
RegBl	:	Regierungsblatt
RGBl	:	Reichsgesetzblatt
RLA	:	Rundschau für den Lastenausgleich
RVA, AN	:	Reichsversicherungsamt, Amtliche Nachrichten
Seuff Arch	:	Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten
SGb	:	Die Sozialgerichtsbarkeit
SJZ	:	Süddeutsche Juristenzeitung
SozEntsch	:	Sozialrechtliche Entscheidungssammlung
SozR	:	Sozialrecht, Rechtsprechung und Schrifttum, bearbeitet von den Richtern des Bundessozialgerichts
SozVers	:	Die Sozialversicherung
StuW	:	Steuer und Wirtschaft
VerwArch	:	Verwaltungsarchiv
VerwRespr	:	Verwaltungsrechtsprechung
VVdStRl	:	Veröffentlichungen der Vereinigung deutscher Staatsrechtslehrer
ZBR	:	Zeitschrift für Beamtenrecht
ZfS	:	Zeitschrift für Sozialrecht
ZfSozref	:	Zeitschrift für Sozialreform
ZZP	:	Zeitschrift für Zivilprozeß

II. Literaturverzeichnis

Arndt, Herbert: Empfiehlt es sich, die verschiedenen Zweige der Rechtsprechung ganz oder teilweise zusammenzufassen? in: Verhandlungen d. 42. Deutschen Juristentages, Bd. 2 E S. 43 ff. Tübingen 1957

Bachof: Nochmals: Verwaltungsverfahren und Verwaltungsgerichtsbarkeit, DVBl 1958, S. 9 ff.

ders.: Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht, Verfahrensrecht in der Rechtsprechung des BVerwG Bd. 1, 2. Aufl., Tübingen 1964, Bd. 2, 1967 ("VVV")

Baltzer: Streitgegenstand, Prozeßgegenstand, Klagebegehren nach der FGO, NJW 1966, S. 1337 ff.

ders.: Grenzen der Sachaufklärung durch das Finanzgericht, NJW 1967, S. 1550 ff.

Baring: Der Vertreter des öffentlichen Interesses im deutschen Verwaltungsprozeß. VerwArch 50 (1959), S. 105 ff.

ders.: Empfiehlt es sich, die Revision (Rechtsbeschwerde) zu den oberen Bundesgerichten (außer in Strafsachen) einzuschränken und ihre Zulässigkeit in den einzelnen Gerichtsbarkeiten einheitlich zu regeln? Verhandlungen d. 44. Deutschen Juristentages, Bd. 1, 3. Teil Heft A Tübingen 1962

Bartels: Hat sich der Vorbescheid in der Praxis der Sozialgerichte bewährt? ZfS 1961, S. 11 ff.

Bauer: Die Finanzgerichtsordnung, DB 1965, S. 1642 ff., 1678 ff.

Baumbach-Lauterbach: Zivilprozeßordnung, Kommentar, 29. Aufl. München-Berlin 1966

Baur: Empfiehlt es sich, die verschiedenen Zweige der Rechtsprechung ganz oder teilweise zusammenzufassen? Verhandlungen des 42. Deutschen Juristentages, Bd. I, 2. Teil, Tübingen 1957

ders.: Die dritte Instanz im künftigen Zivilprozeß, ZZP 71 (1958) S. 161 ff.

ders.: Richterliche Hinweispflicht und Untersuchungsgrundsatz, in: Rechtsschutz im Sozialrecht, Beiträge zum ersten Jahrzehnt der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts, Köln, Berlin, Bonn, München 1965, S. 35 ff.

Becker, Enno: Die Reichsabgabenordnung, 6. Aufl., Berlin 1928

Becker, Erich: Das allgemeine Verwaltungsverfahren in Theorie und Gesetzgebung, Stuttgart-Basel 1960

Becker-Riewald-Koch: Reichsabgabenordnung mit Nebengesetzen Köln-Berlin-Bonn-München Bd. I 1963, Bd. II 1965

Berger: Der Steuerprozeß, Handbuch und Kommentar zum Rechtsmittelverfahren, München-Berlin 1954

ders.: Erste Überlegungen zur FGO, DStR 1966, S. 3 ff.

Bericht der Kommission zur Vorbereitung einer Reform der Zivilgerichtsbarkeit, herausgegeben v. Bundesjustizministerium, Bonn 1961

Bericht der Sachverständigenkommission für die Vereinfachung der Verwaltung beim Bundesministerium des Inneren, Bonn 1960

Bettermann: Notwendigkeit, Möglichkeiten und Grenzen einer Angleichung der Verfahrensordnungen ZZP 70 (1957) S. 161 ff.

ders.: Die Beweislast im Zivil- und Verwaltungsprozeß, in: Verhandlungen des 46. Deutschen Juristentages Bd. 2, Teil E S. 26 ff.

ders.: Verwaltungsakt und Richterspruch, Gedächtnisschrift für Jellinek, München 1955, S. 361 ff.

Bischoff: Ausnahmen von der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme im Sozialgerichtsverfahren, KOV 1963, S. 24 ff.

Blomeyer: Zivilprozeßrecht, Erkenntnisverfahren, Berlin-Göttingen-Heidelberg, 1963

Bluntschli: Allgemeines Staatsrecht 2. Bd., 5. umgearbeitete Aufl., Stuttgart 1876

Böhme: Die wiederholte Anfechtung eines Bescheides, BG 1961, S. 484 ff.

Bonner Kommentar: Kommentar zum Bonner Grundgesetz, seit 1950

Bogs: 80 Jahre Sozialrechtspflege - 10 Jahre Sozialgerichtsbarkeit, DVBl 1964, S. 1 ff.

Brackmann: Handbuch der Sozialversicherung, Bad Godesberg, Bd. I, Stand August 1967

Brocke: Die Vorbereitung der mündlichen Verhandlung durch den Vorsitzenden nach § 106 SGG, SGb 1955, S. 138 ff.

Bruns: Urteilsanmerkung zu BGH (v. 1.3.1956), NJW 1956, S. 1286

Buck: Die "prozeßleitenden Verfügungen" nach § 146 Abs. 2 der VwGO, DÖV 1964, S. 537 ff.

Dietlein: Urteilsanmerkung zu BVerwG 18, 283, v. 6.5.1964, DVBl 1964, S. 923

Dithmar: Die nichtstreitige Erledigung sozialgerichtlicher Verfahren, NJW 1961, S. 2245 ff.

Düwel: Das Amtsgeheimnis, Schriftenreihe der Hochschule für Verwaltungswissenschaften Bd. 23, Berlin 1965

Ehlers: Parität und Amtsbetrieb, FR 1962, S. 149 ff.

ders.: Die steuergerichtliche Untersuchungsmaxime - eine Versuchung zur Inquisition, DStR 1962, S. 6 ff.

Ehmke: Grenzen der Amtsermittlung im sozialgerichtlichen Verfahren, SGb 1965, S. 385 ff.

Eisenberg: Dreistufiger Finanzrechtsweg durch obere oder untere Finanzgerichte, FR 1963, S. 343 ff.

ders.: Die richterliche Fragepflicht und das Amtsprinzip nach der FGO, FR 1966, S. 163 ff.

ders.: Die Finanzgerichtsordnung und das Problem der "Saldierung", DB 1967, S. 1238 ff.

Erklärung des Deutschen Richterbundes vom 18.6.1965, DRiZ 1965, S. 217

"Eine große Aufgabe für das Bundesjustizministerium", Beschluß des Deutschen Anwaltstages 1955, DAnwBl 1964, S. 248

Eyermann-Fröhler: Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 4. Aufl., München-Berlin 1965

Farnsteiner: Die Würdigung des Parteivorbringens im Sozialrecht, ZfS 1961, S. 388 ff.

Fischer: Die Klagerücknahme im sozialgerichtlichen Verfahren, DOK 1955, S. 378 ff.

Fleiner: Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl., Tübingen 1928

Forsthoff: Verwaltungsrecht, Allgemeiner Teil, München und Berlin, 8. Aufl. 1961, 9. Aufl. 1966

Friedländer: Die mündliche Verhandlung vor dem Bundesfinanzhof, StuW 1958, Sp. 795 - 802

Friedrich-Fürnrohr: Der Vorbescheid des BFH gem. § 294 AO, StuW 1953, Sp. 433 ff.

Friedrichs: Der Vorbescheid nach § 216 SGG, SGb 1955, S. 101 ff.

Friesenhahn: Über Begriff und Arten der Rechtsprechung, in: Festanschrift für Richard Thoma, Tübingen 1950, S. 21 ff.

Gäthgens: Wirkungen der Rechtsanhängigkeit im Verhältnis zwischen verschiedenen Gerichtsbarkeiten, DRiZ 1964, S. 233 ff.

Gast: Zurücknahme von Rechtsmitteln im Steuerrecht, FR 1959, S. 31

v. Gneist: Der Rechtsstaat, Erste Auflage, Berlin 1872

Giese-Schunk: Grundgesetze für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 9. Aufl., Frankfurt 1965

Gönner: Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses, Bd. I, 2. Aufl., Erlangen 1804

Görg-Müller: Finanzgerichtsordnung, Kommentar für Wissenschaft und Praxis, Neuwied und Berlin 1966

Grimm: Die Angleichung der deutschen Verfahrensgesetze - Die Berufung - Diss. Erlangen 1960

Groschupf: Neue Verwaltungsakte während des Verwaltungsprozesses, DVBl 1961, S. 480 ff.

Gunkel: Vereinfachung des Verfahrens vor den Sozialgerichten, SozVers 1955, S. 245 ff.

Hartz: Wandlung im Steuerrecht und im Steuerprozeßrecht unter dem Einfluß des Grundgesetzes, JJahrb. 3 (1962/63) S. 100 ff.

ders.: Die Finanzgerichtsordnung, ein Meilenstein auf dem Wege zur Rechtseinheit, Sonderbeilage zu HFR 1966

Haueisen: Rechtliches Gehör und Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme im sozialgerichtlichen Verfahren, DOK 1957, S. 173 ff.

ders.: Die Vereinheitlichung der Verfahrensordnungen aus der Sicht der Sozialgerichtsbarkeit, DVBl 1958, S. 769 ff.

ders.: Verwaltungsverfahren und verwaltungsgerichtliches Verfahren, DVBl 1963, S. 881 ff.

ders.: Zur Novellierung des SGG, DOK 1966, S. 457 ff.

ders.: Finanzgerichtsordnung und Sozialgerichtsbarkeit, NJW 1966, S. 81 ff.

ders.: Untersuchungsgrundsatz und Mitwirkungspflicht der Beteiligten, NJW 1966, S. 764 ff.

Hennig: Urteilsanmerkung zu LSG Berlin v. 3.3.1955, BVersBl 1955, S. 125

Henrichs: Urteilsanmerkung zu BVerwG 18, 283, v. 6.5.1964, NJW 1964, S. 2366

Henrichs: Urteilsanmerkung zu BVerwG 19, 243, v. 17.9.1964, NJW 1965, S. 458

Heßdörfer: Die mündliche Verhandlung vor den Finanzgerichten, JJahrb. I (1960), S. 44 ff.

Hirschmann: Das Rechtspflegeministerium, Ein organisationsrechtliches Problem der Dritten Gewalt, JJahrb. 7 (1966/67), S. 69 ff.

Hoffmann, Rudolf: Die Befugnisse des Vorsitzenden im SGG hinsichtlich des Zeugen- und Sachverständigenbeweises bei der Vorbereitung der mündlichen Verhandlung, SGb 1954, S. 180 ff., SGb 1956, S. 47 ff.

Hübschmann-Hepp-Spitaler-v. Wallis-Lademann-Hartung-Paulick-Schwarz: Kommentar zur Reichsabgabenordnung und den Nebengesetzen 1. - 5. Aufl., 1951-1966, Stand: Nov. 1967. Bearbeiter der FGO: v. Wallis (zit. Hübschmann-Hepp-Spitaler)

Jarosch: Wie wirkt sich der Tod des Klägers auf den Verwaltungsprozeß aus? DÖV 1963, S. 133 ff.

Jauernig: Verhandlungsmaxime, Inquisitionsmaxime und Streitgegenstand, in: Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart, Bd. 339/340, Tübingen 1967

Jellinek, Walter: Verwaltungsrecht, 3. durchgesehene Aufl., Berlin 1931

Jennewein: Urteilsanmerkung zu BSG v. 25.5.1965, SGb 1967, S. 118, SGb 1967, S. 119

Jesch: Unbestimmter Rechtsbegriff und Ermessen in rechtstheoretischer und verfassungsrechtlicher Sicht, AöR Bd.82(1957), S. 163 ff.

Kalthoff: Rechtsmittelentscheidung im Steuerrecht, 5. Aufl., Köln 1965

Kellner: Der sogenannte Beurteilungsspielraum in der verwaltungsgerichtlichen Prozeßpraxis, NJW 1966, S. 857 ff.

Klinger: Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, Göttingen, 2. Aufl., 1964

ders.: Reichswirtschaftsgericht und Kartellgericht, in : Staatsbürger und Staatsgewalt, Jubiläumsschrift zum 100-jährigen Bestehen der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Deutschland und zum 10-jährigen Bestehen des Bundesverwaltungsgerichts, Karlsruhe 1963, Bd. 1, S. 103 ff.

Klink:	Der Vorbescheid seit dem 1.1.1961, DOK 1961, S. 225 ff.
ders.:	Zur Reform des Sozialgerichtsprozesses, SGb 1965, S. 388 ff.
Knoll, Erich:	Die Angleichung der deutschen Verfahrensgesetze - Die gerichtlichen Entscheidungen - Diss. Erlangen 1958
Knoll, Ernst:	Die Entwicklung der Gerichtsbarkeit des Reichs bei Sozialleistungen, in: Staatsbürger und Staatsgewalt, Jubiläumsschrift zum 100-jährigen Bestehen der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Deutschland und zum 10-jährigen Bestehen des Bundesverwaltungsgerichts, Karlsruhe 1963, Bd. 1, S. 87 ff.
Koehler:	Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, Berlin-Frankfurt 1960
Koehler, Erich:	Zur Frage der Vorbereitung der mündlichen Verhandlung im Rahmen des § 106 SGG, SozVers 1954, S. 309 ff.
v. Köhler:	Einsicht in Behördenakten, NJW 1956, S. 1460 ff.
Kraft:	Steuerprozeß ohne Schätzung? NJW 1967, S. 192 ff.
Krebs:	Verfahrensmängel bei Beweisaufnahme und Beweiswürdigung, BG 1957, S. 202 ff.
Kretzschmer:	Die Beteiligtenvernehmung nach der VwGO als Hauptbeweismittel, NJW 1965, S. 383 ff.
Kruse:	Gesetzmäßige Verwaltung und tatbestandsmäßige Besteuerung, in: Rechtsschutz im Steuerrecht, S. 93 ff.
ders.:	Steuerrecht I, Allgemeiner Teil, Studienbuch, München-Berlin 1966 (StuB)
Kühn:	Abgabenordnung und Nebengesetze, Kommentar, 8. Aufl., 1966
Kuntzmann-Auert:	Verwaltungsgerichte des Reichs außerhalb der Sozialleistungen und des Wirtschaftsgerichts, in: Staatsbürger und Staatsgewalt, Jubiläumsschrift zum 100-jährigen Bestehen der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Deutschland und zum 10-jährigen Bestehen des Bundesverwaltungsgerichts, Karlsruhe 1963, Bd. 1, S. 117 ff.
Lang:	Untersuchungs- und Verhandlungsmaxime im Verwaltungsprozeßrecht, VerwArch 52 (1961), S. 60 ff., S. 175 ff.
Larenz:	Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Berlin-Göttingen-Heidelberg 1960
Lenckner:	Aussagepflicht, Schweigepflicht und Zeugnisverweigerungsrecht, NJW 1965, S. 321 ff.

Lepper:	Die Aktenvorlage im Verwaltungsprozeß, DÖV 1962, S. 812 ff.
Loening:	Die Verordnung Nr. 165 und der Rechtsstaat, DV 1949, S. 85 ff.
Löwe-Rosenberg:	Doe Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz mit Nebengesetzen, Bd. 1, 21. Aufl., Berlin 1963
Loose:	Das Klagesystem der Finanzgerichtsordnung, BB 1966, S. 243 ff.
Lüddeke:	Zum Vorbescheid im sozialgerichtlichen Verfahren, SGb 1964, S. 397 ff.
Lüke:	Über die Beweislast im Zivil- und Verwaltungsprozeß, JZ 1966, S. 587 ff.
Lüke-Schröder:	Grundsätze des Verwaltungsprozesses, JuS 1961, Teil 1 v. Lücke, S. 41 ff., Teil 2 v. Schröder, S. 48 ff.
Maetzel:	Der zweiinstanzliche Verwaltungsprozeß, DVBl 1965, S. 828 ff.
ders.:	Beweislast und Beweiserhebung im Verwaltungsprozeß, DÖV 1966, S. 520 ff.
ders.:	Beweisverbote zwecks Geheimniswahrung, DVBl 1966, S. 665 ff.
Malchow:	Auskunftspflicht gegenüber den Sozialgerichten? BB 1965, S. 348 ff.
Marquordt:	Auf dem Wege zu einem einheitlichen Gerichts- und Verfahrensrecht, JJahrb. Bd. 6 (1065/66), S. 91 ff.
Martens:	Zum Beweis in der Sozialgerichtsbarkeit, NJW 1962, S. 1553 ff.
Martens, Joachim:	Der Streitgegenstand im Steuerrecht, StuW 1966, Sp. 689 ff.
ders.:	Die Behauptungslast im Steuerprozeß, StuW 1967, Sp. 369 ff.
Maunz-Dürig:	Grundgesetz, Kommentar, 2. Aufl. 1966, München-Berlin
Mayer, Otto:	Deutsches Verwaltungsrecht, Erster Band, Dritte Aufl., München und Leipzig 1924
Meissner:	Urteilsanmerkung zu VGH Ba-Wü v. 10.8.1964, DVBl 1967, S. 426, DVBl 1964, S. 878

Mellwitz:	Sozialgerichtsgesetz nebst ergänzenden Vorschriften, Kommentar, München u. Berlin 1956
ders.:	Zweifelsfragen aus dem Sozialgerichtsgesetz, NJW 1954, S. 781 ff.
Menger:	Höchstrichterliche Rechtssprechung zum Verwaltungsrecht, im VerwArch
ders.:	System des verwaltungsrechtlichen Rechtsschutzes, Tübingen 1954, ("System")
ders.:	Der Schutz der Grundrechte in der Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: Bettermann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, Bd. 3, 2. Halbbd., Berlin 1959, S. 717 ff.
ders.:	Fragen zur Mitwirkung des Antragstellers im Verfahren der Sozialgerichtsbarkeit, in: Rechtsschutz im Sozialrecht, Beiträge zum ersten Jahrzehnt der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts, Köln, Berlin, Bonn, München 1965, S. 145 ff.
ders.:	Zur Geschichte der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Deutschland, DÖV 1963, S. 726 ff.
Messmer:	Zur Neuordnung des Rechtsmittelverfahrens in Abgabensachen, BB 1962, S. 145 ff.
Meyer, Klaus:	Herstellung der Spruchreife - Grundsatz und Grenzen - dargestellt am Baurecht, DVBl 1961, S. 75 ff.
Miesbach, Hermann jun.:	Die Abänderung und Ersetzung des angefochtenen Verwaltungsakts während des sozialgerichtlichen Verfahrens, SGb 1958, S. 12 ff., 42, 83, 112, 154, 186, 251 u. Beilage in Heft 12
Miesbach-Ankenbrank:	Sozialgerichtsgesetz einschließlich der Kostengesetze, Kommentar, Frankfurt 1964
Müffelmann:	Die objektiven Grenzen der materiellen Rechtskraft steuergerichtlicher Urteile, Schriften zum Steuerrecht, Bd. 1, Berlin 1965
Müller, Hanswerner:	Unter welchen Voraussetzungen ist das VG befugt, einen feststellenden Verwaltungsakt zu ändern? NJW 1963, S. 23 ff.
Müller, Karl:	Die Finanzgerichtsordnung und das Problem der "Saldierung" DB 1966, S. 1329 ff.
Müller-Sax:	Kommentar zur Strafprozeßordnung, Darmstadt 1966

Naumann:	Allgemeine Verwaltungsgerichtsbarkeit und Finanzgerichtsbarkeit, DÖV 1953, S. 535 ff.
ders.:	Verwaltungsgerichtsordnung und Sozialgerichtsgesetz, SGb 1960, S. 129 ff.
ders.:	Die Finanzgerichtsordnung, DVBl 1966, S. 1 ff.
Niese:	Über den Streitgegenstand der Anfechtungs- und Vornahmeklagen im Verwaltungsprozeß, JZ 1952, S. 353 ff.
Niemeyer, Gisela:	Der Gegenstand des Verfahrens bei der Anfechtung von Verwaltungsakten, Düsseldorf 1962
dies.:	Das Dispositionsrecht des Klägers nach Änderung des Steuerbescheids während des finanzgerichtlichen Verfahrens (§ 68 FGO) DStR 1967, S. 180 ff.
Nikisch:	Zivilprozeßrecht, Ein Lehrbuch, 2. Aufl., Tübingen 1952
Noack:	Allgemeine und besondere Vertreter öffentlicher Interessen im Verwaltungsprozeß, DVBl 1957, S. 452 ff.
ders.:	Rationalisierungsmöglichkeiten im verwaltungsgerichtlichen Verfahren, DÖV 1959, S. 210 ff.
ders.:	Verwaltungsgerichtsordnung und Rationalisierung, DVBl 1960, S. 221 ff.
Paulick:	Die Auskunftspflicht der Steuerpflichtigen und dritter Personen im Steuerermittlungs-, Steueraufsichts- und Steuerstrafverfahren, in : Gegenwartsfragen des Steuerrechts, Festschrift für Spitaler, Köln 1958
Pappai:	Die Wahrung des ärztlichen Berufsgeheimnisses bei der Amtshilfe, BArbBl 1962, S. 1021 ff.
Peters:	Lehrbuch der Verwaltung, Berlin, Göttingen, Heidelberg 1949
Peters-Sautter-Wolff:	Kommentar zur Sozialgerichtsbarkeit, 3. Aufl., Stuttgart 1958, Stand Okt. 1967
Petersen:	Über die Notwendigkeit eines Vertreters des öffentlichen Interesses im Verwaltungsstreitverfahren, DÖV 1959, S. 537 ff.
Pötter:	Gegenwartsfragen der Verwaltungsgerichtsbarkeit, Der Staat, 3 (1964), S. 182 ff.
Quidde:	Die Reform der Finanzgerichtsbarkeit, DVBl 1953, S. 234 ff.

Redeker:	Verfahrensrechtliche Bindungen der Untersuchungsmaxime im Verwaltungsprozeß, in: Staatsbürger und Staatsgewalt, Festschrift zum 100-jährigen Bestehen der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Deutschland und zum 10-jährigen Bestehen des Bundesverwaltungsgerichts, Karlsruhe 1963, Bd. 2, S. 475 ff.
ders.:	Beweislast und Beweiswürdigung im Zivilprozeß und im Verwaltungsprozeß, NJW 1966, S. 1777 ff.
Redeker-v. Oertzen:	Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 2. Aufl., Stuttgart 1965
Reinicke:	Die Bindung des Richters an veraltete Gesetze, MDR 1957, S. 193 ff.
Renck:	Verwaltungsakt und Gesetzesvorbehalt, JuS 1965, S. 129 ff.
Richter, Ernst-Günther:	Über die angebliche Vielschreiberei und Krise in der Verwaltungsgerichtsbarkeit, DVBl 1959, S. 688 ff.
ders.:	Der verwaltungsgerichtliche Vorbescheid, DVBl 1962, S. 205 ff.
Richter:	Beweiserhebung durch Vernehmung des Geschädigten im Verwaltungsstreitverfahren, RLA 1965, S. 193 ff.
Richter:	Ist das Verwaltungsgericht verpflichtet, eine Sache spruchreif zu machen? (§ 113 Abs. 4 VwGO) DVBl 1960, S. 885 ff.
Rohwer-Kahlmann:	Aufbau und Verfahren der Sozialgerichtsbarkeit, Kommentar zum Sozialgerichtsgesetz, Bad Godesberg ab 1953, Stand: August 1966
Rosenberg:	Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, 9. Aufl., München-Berlin 1961
ders.:	Die Präklusionswirkung von Urteilen, SJZ 1950, Sp. 313 ff.
Rumpf:	Verwaltung und Verwaltungsrechtssprechung, in: Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer, Bd. 14, S. 136 ff.
Rupp:	Der Schadensersatz- und Regreßanspruch des Dienstherrn im "besonderen Gewaltsverhältnis" und seine Durchsetzung, DVBl 1963, S. 77 ff.
ders.:	Urteilsanmerkung zu BVerwG 18, S. 283, v. 6.5.1964, JZ 1965, S. 180 ff.
v. Sarwey:	Das öffentliche Recht und die Verwaltungsrechtpflege, Tübingen 1880

Schlegel:	Über den praktischen Wert des Vorbescheids, ZfS 1961, S. 73 ff.
Schmitt, Lothar:	Die Ablehnung von Beweisanträgen im Verwaltungsprozeß, DVBl 1964, S. 465 ff.
Schneider, Herbert:	Die Befreiung der Revisionsinstanz vom Ballast der Tatsachenrügen, in: Recht im Wandel, Festschrift 150 Jahre Carl Heymanns-Verlag, Köln,Berlin, Bonn, München 1965, S. 197 ff.
Schönke-Schröder-Niese:	Lehrbuch des Zivilprozeßrechts, 9. Aufl., Karlsruhe 1956
Scholz:	Rechtspflegeministerium, pro und contra, DRiZ 1965, S. 223 ff.
Schreier:	Die Akteneinsicht im Sozialrecht, SGb 1957, S. 195 ff.
Schultz:	"Blick in die Zeit", MDR 1966, S. 31 ff.
Schunck- De Clerk:	Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 2. Aufl., Siegburg 1967
Schwankhart:	Die in der Sozialgerichtsbarkeit zugelassenen Klagen (im Vergleich zu VwGO), BayVBl 1960, S. 247 ff.
Schwarz:	Der steuerliche Rechtsschutz nach der FGO vom 6.10.1965, DStR 1966, S. 397 ff.
Sellmann:	Verwaltungsgerichtsbarkeit und Sozialgerichtsbarkeit, NJW 1957, S. 1091 ff.
ders.:	Der Weg zur neuzeitlichen Verwaltungsgerichtsbarkeit - ihre Vorstufen zu dogmatischen Grundlagen, in: Staatsbürger und Staatsgewalt, Jubiläumsschrift zum 100-jährigen Bestehen der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Deutschland und zum 10-jährigen Bestehen des Bundesverwaltungsgerichts, Karlsruhe 1963, Bd. 1, S. 25 ff.
Siegfried:	Das Vertrauen zum ärztlichen Gutachter, NJW 1962, S. 666 f
Spann:	Ärztliche Rechts- und Standeskunde, München 1962
Stein-Jonas-Pohle:	Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 18. Aufl., Bd. I, 1953, Bd. II, 1956, Tübingen
Stockhausen:	Zur funktionellen Trennung der FGe von der Finanzverwaltung (zu FG RhlPf. v. 25.5.1966, EFG 1966, S, 422), Steuerwarte 1967, S. 1-2
ders.:	Die sachliche Bindungswirkung rechtskräftiger Urteile des Finanzgerichts, FR 1967, S. 350 ff.
Thiele:	Fragen der Akteneinsicht in der Sozialgerichtsbarkeit, ZfS 1956, S. 66-67

Thierfelder:	Einige Grundprobleme der Verwaltungsgerichtsbarkeit, DÖV 1967, S. 300 ff.
Thomas-Putzo:	Zivilprozeßordnung mit Nebengesetzen, Kommentar, 3. Aufl., München 1968
Tietgen:	Bericht über die Jahrestagung 1960 der Vereinigung der Verwaltungsgerichtspräsidenten für das Bundesgebiet, DVBl 1960, S. 767
ders.:	Beweislast und Beweiswürdigung im Zivil- und Verwaltungsprozeß, in: Verhandlungen des 46. Deutschen Juristentages, Bd. I, Teil 2 b, Tübingen 1966
Timm:	Die Vereinheitlichung der gerichtlichen Verfahrensordnungen aus der Sicht der Finanzgerichtsbarkeit, DVBl 1958, S. 812 ff.
Tipke:	Aktuelle Rechtsschutzfragen in der Praxis der Finanzgerichte, in : Rechtsschutz im Steuerrecht, S. 131 ff.
ders.:	Die neue Finanzgerichtsordnung, FR 1965, S. 382 ff.
ders.:	Finanzgerichtsordnung und Finanzgerichtsbarkeit, DRiZ 1966, S. 169 ff.
ders.:	Betriebsprüfung - unzulässiger Eingriff in die "Unverletzlichkeit der Wohnung"?, DStR 1967, S. 79 ff.
Tipke-Kruse:	Reichsabgabenordnung und Nebengesetze, Kommentar, 2. Aufl., Köln ab 1965, Stand: Okt. 1967
Uffhausen:	Drei Jahre VwGO, DRiZ 1963, S. 138
Ule:	Zum Verhältnis von Zivilprozeß und Verwaltungsprozeß, DVBl 1954, S. 139 ff.
ders.:	Empfiehlt es sich, die verschiedenen Zweige der Rechtsprechung ganz oder teilweise zusammenzufassen? Verhandlungen des 42. DJT, Bd. II, E S. 1 ff., Tübingen 1957
ders.:	Zur Vereinheitlichung der gerichtlichen Verfanrensordnungen, DVBl 1958, S. 691 ff.
ders.:	Die Verwaltungsgerichtsordnung, DVBl 1960, S. 1 ff.
ders.:	Verwaltungsgerichtsbarkeit, Kommentar, 2. Aufl., Köln-Berlin-München-Bonn 1962
ders.:	Verwaltungsprozeßrecht, Studienbuch, 4. Aufl., München-Berlin 1966 (StuB)
ders.:	Zur Vereinheitlichung der verwaltungsgerichtlichen Verfahrensordnungen, DVBl 1967, S. 345 ff.

Ule-Becker: Verwaltungsverfahren im Rechtsstaat, Köln-Berlin 1964

Vereinheitlichung des Revisionsverfahrens, Denkschrift der Präsidenten der oberen Bundesgerichte v. 15.1.1959, RdA 1959, S. 102 ff.

Vogel: Berichtigung von Steuerbescheiden nach Erlaß eines rechtskräftigen steuergerichtlichen Urteils (§ 110 FGO), DStR 1966, S. 387 ff.

Wacke: Vollstreckbare "Leistungsbescheide" wegen "Eigenschäden" gegen Beamte? DÖV 1966, S. 311 ff.

Wander: Zur Überlastung der Sozialgerichtsbarkeit und die Beschränkung aussichtsloser Klagen, SozVers 1956, S. 3 ff

Weber, Werner: Die Einheit der rechtssprechenden Gewalt, ZfSozref 1957, S. 109 ff.

Weingart: Können Beamte durch Leistungsbescheid zum Ersatz von Eigenschäden des Dienstherrn herangezogen werden? DÖV 1967, S. 289 ff.

Werner, Fritz: Besprechung der 4. Aufl. der "Vergleichenden Übersicht" zum GVG, ZPO, AbgG, VwGP, FGO, SGG, herausgegeben v. Deutschen Anwaltsverein, 4. Aufl., Essen 1966, BB 1966, S. 1155

Werner: Die Bescheidsberichtigung - eines der Hauptprobleme der neuen FGO, DStR 1966, S. 412 ff.

Wild: Die Angleichung der deutschen Verfahrensgesetze. Die Bestimmungen über die Zulässigkeit des Rechtsweges, den Kompetenzkonflikt, die Verweisung und die Zuständigkeit, Diss. Erlangen 1960

Wilhelm: Urteilsanmerkungen zu BVerwG (v. 19.8.1964) 19, 179, (v. 19.8.1964), ZBR 1964, S. 152 ff.

Wilke: Untersuchungsmaxime und Mitwirkungspflicht der Beteiligten im Sozialgerichtsverfahren, in: Festschrift für Bogs 1967, S. 221 ff.

de With: Möglichkeiten und Grenzen der Vereinheitlichung der deutschen Verfahrensgesetze unter Berücksichtigung des Prozeßzwecks, der Dispositionsmaxime, des Streitgegenstandes, der Verhandlungs- und der Untersuchungsmaxime, Diss. Erlangen 1958

Wolff: Verwaltungsrecht, Ein Studienbuch, München-Berlin, Bd. I, 6. Aufl., 1965, Bd. III 1966

Ziemer-Birkholz: Finanzgerichtsordnung, Kommentar, München-Berlin 1966

Zitzlaff: Der BFH als oberes Bundesgericht, NJW 1953, S. 921 ff.

III. Gesetzesmaterialien

Deutscher Bundestag : Drucksachen (nach Leg.per.u.Nr.);
Verhandlungen des-, Stenographische Berichte (Jahr und Seite)
Protokolle des Rechtsausschusses (Wahlp. u. Nr.)

Deutscher Bundesrat : Drucksachen (Jahr u. Nr.)

Deutscher Reichstag : Drucksachen (Jahr u. Nr.)

1. Abschnitt: Einführende Bemerkungen

§ 1 Vereinfachung und Vereinheitlichung des Gerichtswesens (rechtspolitische Forderungen)

Wir rühmen uns heute einer Lückenlosigkeit des Rechtsschutzes oder streben sie zumindest an. Indes sieht sich der Rechtsschutzsuchende einer so verwirrenden Fülle von Rechtswegen, Gerichten, Spezialkammern, Instanzen, Verfahren und Sonderverfahren gegenüber, daß er der Frage, was er tun muß, um sein Recht zu bekommen, zumeist hilflos und ohne Verständnis gegenübersteht. Selbst dem Rechtskundigen bereitet es erhebliche Mühe, sich in dem Gestrüpp, welches unter dem Stichwort "Dritte Gewalt" zusammengefaßt wird, zurechtzufinden. Es drängt sich die Frage auf, ob die Justizgewährung dann nicht einer "Justizverweigerung" nahe kommt[1]. Daher nimmt es nicht Wunder, daß in der rechtspolitischen Diskussion der Gegenwart der Ruf nach Vereinfachung des Gerichtswesens mit besonderer Vernehmlichkeit erhoben wird.

Aus der Fülle der Reformvorschläge zeichnet sich besonders eine Gruppe deutlich ab, die diese Vereinfachung durch Vereinheitlichung des Gerichtswesens anstrebt. Hierzu sind folgende Einzelvorschläge zu verzeichnen und scharf voneinander zu unterscheiden:

Zum einen wird die Schaffung eines verwaltungsabstinenten, von exekutivischen Befugnissen weitgehend freien Ministeriums gefordert, dem die Gerichtsverwaltung aller Zweige der Justiz unterstehen soll und das federführend für die Gesetzgebung auf dem Gebiete des gesamten Prozeßrechts sein soll[2].

Als zweites wird eine organisatorische Zusammenfassung der Gerichtsbarkeiten vorgeschlagen. Hiernach soll es künftig also nur noch einen Rechtsweg, ein allzuständiges Gericht geben, wobei eine Blockbildung erwogen wird[3].

---

1) Maunz-Dürig Art. 19 IV Rn. 6

2) Vgl. Baur, 42. DJT Bd. 1, 2. Teil S. 13 ff; Wild, S. 7 Fn 1 u. 2, beide mit zahlreichen Nachweisen. Aus neuester Zeit: Hirschmann JJahrb. 7 (1966/67) S. 69 ff; Scholz DRiZ 1964, 223

3) Vgl. Baur, a.a.O. S. 33 ff; Wild, S. 8

Die dritte Forderung betrifft die Schaffung eines einheitlichen Gerichtsverfassungsgesetzes (GVG) und Richtergesetzes, in dem Fragen der Richterernennung, Dauer der Amtszeit, Laienrichter, Hilfsrichter, Bildung der Präsidien, Rechtshilfe, Öffentlichkeit, Sitzungspolizei, Gerichtssprache, Selbstverwaltung, Geschäftsverteilung, Besetzung, Ausbildung usw. einheitlich zu regeln sind, da die Probleme für alle Gerichtszweige ungefähr gleich liegen, wobei allerdings über inhaltliche Einzelheiten noch große Uneinigkeit zu verzeichnen ist[1].

Zum Teil in Verbindung hiermit wird viertens vorgeschlagen, ein einheitliches Verfahrensrecht zu schaffen, zumindest aber eine größtmögliche Angleichung anzustreben, zumal bereits heute die ZPO im streitigen Zivilprozeß und im Arbeitsgerichtsprozeß, subsidiär auch für die Zweige der Verwaltungsgerichtsbarkeit gilt. Angesichts der bestehenden Verfahrenszersplitterung wird dieser Vorschlag aus allen Richtungen unterstützt und hat daher die größte Aussicht auf relativ baldige Verwirklichung. Es fehlt zwar nicht an skeptischen Stimmen[2], aber eine Angleichung der Verfahrensordnungen in größerem Stil wird im Schrifttum durchweg für möglich, zumeist sogar für nötig angesehen[3]. Der Bundestag hat sich diese Forderung bereits zu eigen gemacht und mit Beschluß vom 29.11.1956 die Bundesregierung beauftragt, den Entwurf einer Prozeßordnung vorzulegen, durch die unter Wahrung der Besonderheiten der Verfahrensarten die verschiedenen gerichtlichen Verfahren vereinheitlicht werden sollen[4]. Eine Durchführung dieser Beschlüsse ist bislang freilich noch nicht in Angriff genommen worden. Die Kommission zur Reform der Zivilgerichtsbarkeit hat bereits einen Bericht vorgelegt, der ebenfalls die Fragen der Vereinheitlichung aufgreift, aber noch zu keinem Ergebnis kommt, da man auf keine Voruntersuchungen zurückgreifen konnte. Es wird aber ein gewisses Programm zur Lösung dieser Frage aufgestellt[5]. Ähnliche Entschließungen liegen von den verschiedensten

---

1) Vgl. Baur a.a.O., S. 19; aus jüngster Zeit: Marquordt, JJahrb. Bd. 6 (1965/66) S. 91 ff.

2) Baur a.a.O., S. 7 Fn 7, der jedoch die Bedenken Bettermanns überschätzt.

3) Baring Verh. d.44 DJT Bd. 1, 3. Teil, Heft A; Bettermann ZZP 70 (1957) S. 161 ff; Haueisen DVBl 1958, 812 ff; Ule DVBl 1958, 691 ff; DVBl 1967, 345 ff.

4) Verhandlungen des Dt. Bundestages 2/Bd. 33 S. 9633

5) Bericht S. 433 - 435

juristischen Vereinigungen vor[1]. Gründlichen und in Einzelheiten gehenden Untersuchungen stand bisher entgegen, daß das jüngste der Prozeßgesetze, die FGO, erst 1965 beschlossen worden ist und die Prozeßgesetze daher noch nicht vollständig zur Vergleichung vorlagen. Außerdem war bis zum Erlaß der VwGO im Jahr 1960 noch die partikulare Rechtszersplitterung zu beseitigen.

§ 2 Vereinheitlichung des Verwaltungsprozeßrechts

I Rechtspolitische Bedeutung

Auch die vorliegende Arbeit will einen Beitrag zum Bemühen um Vereinheitlichung des gerichtlichen Verfahrensrechts sein. Dieses Bemühen rechtfertigt sich aus vielen Gründen. Vom Standpunkt des Bürgers, also des Rechtssuchenden, ist ein in allen Sachen möglichst einheitliches Verfahren einer sachlich nicht gerechtfertigten Zersplitterung fraglos vorzuziehen. Das Verfahren wird durchsichtiger, der Zugang zum Gericht unkomplizierter, die Effektivität des Rechtsschutzes erhöht und das Vertrauen in die Rechtssprechung gestärkt[2]. Den größten Nutzen dabei trägt natürlich der Anwalt, der vor allen Gerichten auftritt, und von dem verlangt wird, daß er alle Verfahrensarten beherrscht, was aber ebenfalls einer Intensivierung des Rechtsschutzes zugute kommt. Aber auch in den Veröffentlichungen aus der Richterschaft wird der Ruf nach Vereinheitlichung uneingeschränkt laut, obwohl sich die Richter auf das Verfahren "ihrer" Gerichtsbarkeit spezialisieren können und daher am ehesten vorbringen könnten, der geltende Zustand habe sich bewährt[3]. Auch die Gefahr der Rechtsunsicherheit auf Grund abweichender Auslegungen inhaltlich gleicher, im Wortlaut unterschiedlich geregelter Bestimmungen wird vermindert. Schließlich wird auch das Prozeßrecht in seiner Entwicklung durch Rechtssprechung und Wissenschaft daraus Gewinn ziehen, denn die Bemühungen könnten sich auf ein einheitliches und übersichtliches Feld konzentrieren[4]. Ebenso wie der territoriale Partikularismus ist auch der Ressortpartikularismus einer wissenschaftlichen Durchdringung des

---

1) Deutscher Richterbund DRiZ 1965 S. 217; Deutscher Anwaltverein AnwBl 1964 S. 248; Präsidenten der oberen Bundesgerichte RdA 1959 S. 102; weitere Zitate bei Grimm S. 2

2) Vgl. Weber, ZfSozref 1957, 109 ff

3) Ebenso Erich Knoll S. 2

4) So auch Ule DVBl 1967, 345 ff (346); Grimm S. 5

Rechts außerordentlich hinderlich. Es darf erwartet werden, daß von einer Vereinheitlichung der Verwaltungsprozesse ebensolche Impulse ausgehen werden wie seit der Neuordnung des allgemeinen Verwaltungsprozesses durch die VwGO.

II Grenzen und Möglichkeiten der Vereinheitlichung

1) Verfassungs-, Straf- und Zivilprozeß

Von der Zielsetzung her erscheint das Bemühen um Vereinheitlichung der Prozeßgesetze jedoch nur dann sinnvoll, wenn vergleichbare Regelungen überhaupt vorliegen und eine gewisse Aussicht auf umfangreichere Angleichungen besteht. Hieraus rechtfertigt sich die sachliche Beschränkung der gestellten Aufgabe. Außer Betracht bleiben kann daher die Verfassungsgerichtsbarkeit, da sie völlig eigenständigen Zwecken dient. Auch die StPO z. B. folgt ersichtlich weitgehend eigenen Gesetzen. Die ihr und nur ihr eigentümliche Funktion als Garantie für die rechtsstaatliche Durchsetzung des sogenannten staatlichen Strafanspruchs erfordert eigene Regelungen, die in den anderen Prozeßgesetzen ohne Entsprechung sind[1].

Auf der anderen Seite unterliegen jedoch auch die Verwaltungsgerichtsbarkeiten wegen der ihnen gemeinsamen Kontrolle der Exekutive insbesondere in Form der Anfechtungs- und Verpflichtungsklage offensichtlich besonderen Erfordernissen, die sich in vielen Vorschriften auswirken, so daß einer Übereinstimmung mit dem "klassischen" Verfahrensgesetz der ZPO enge Grenzen gesetzt sind[2]. So erscheint neben den besonderen Voraussetzungen, die z. B. an Zulässigkeit und Form der Klage, an den vorläufigen Rechtsschutz, an den Inhalt des Urteilstenors usw. zu stellen sind, auch die Beibehaltung des Untersuchungsgrundsatzes in der Verwaltungsgerichtsbarkeit[3]

---

1) Ebenso Erich Knoll, S. 79; Ule DVBl 1958, 694. Deshalb ist auch die Revision in Strafsachen aus dem Thema des 44. DJT ausgenommen worden.

2) Nach Menger, System S. 79 ff. S 59, gibt es gar keine grundsätzlichen Unterschiede zwischen Zivil- und Verwaltungsprozeß. Dabei kommt es allerdings darauf an, was als "grundsätzlich" zu verstehen ist. Hier werden die Grenzen jedoch enger gezogen. Für weitgehende Eigengesetzlichkeit der Verwaltungsgerichtsbarkeit auch Thierfelder, DÖV 1967, 300 ff.

3) Ablehnend jedoch Ehlers, DStR 1962, 6 (7); FR 1962, 149 ff.

und des Verhandlungsgrundsatzes im Zivilprozeß nötig und auch als sicher[1], womit eine erhebliche Zahl von Vorschriften, besonders das Verfahren im ersten Rechtszug betreffend, einer abweichenden Regelung unterliegen müssen.

2) Verwaltungs-, Finanz- und Sozialgerichtsprozeß

Demgegenüber ist aber zunächst nicht einzusehen, warum der Rechtsschutz gegen Maßnahmen der Verwaltung in drei verschiedenen Rechtswegen und vor allem nach drei verschiedenen Prozeßgesetzen gewährt wird, nämlich vor den Verwaltungsgerichten nach der VwGO, vor den Finanzgerichten nach der FGO und vor den Sozialgerichten nach dem SGG. Sollten nicht gleiche Schutzbegehren auch nach gleichen Gesetzen erfüllt werden? Es ist nämlich nicht möglich, über die bloße Existenz besonderer Zweige der Verwaltung und entsprechender Gerichtsbarkeit hinaus wesensmäßige Unterschiede allgemeiner Art im Aufgabenbereich der Gerichte festzustellen. Im Gegenteil, die Rechtsgebiete und die Zuständigkeiten der Gerichte greifen häufig ineinander[2]. So entscheiden die allgemeinen Verwaltungsgerichte auch über Gegenstände des Sozialrechts, z. B. im Fürsorgerecht und einem Teil des Kriegsfolgenrechts, ferner über die Steuerbescheide der Gemeinden. Umgekehrt entscheiden die Finanz- und Sozialgerichte auch über die berufsrechtlichen Angelegenheiten, die Finanzgerichte entscheiden auch über Angelegenheiten aus dem EWG-Recht (vgl. §§ 176-181 FGO). Auch das Gesetz selbst bezeichnet die Finanz- und Sozialgerichte als besondere Verwaltungsgerichte.

Warum sich aber die gerichtliche Durchsetzung subjektiver Rechte des gleichen Gebiets materiellen Rechts nach verschieden ausgestalteten Verfahren vollziehen soll, ist schlechterdings nicht einzusehen. In ganz besonderem Maße gilt das für Fälle, wo die Zivilgerichte über öffentlichrechtliche Streitigkeiten zu entscheiden haben wie im Amtshaftungsprozeß und im öffentlichrechtlichen Entschädigungsprozeß. Hier entscheidet die Zuständigkeit des Gerichts auch über die Anwendung der in vielen Punkten grundsätzlich anders ausgestalteten ZPO. Soweit ersichtlich ist bisher nie angezweifelt worden, daß in den genannten Prozessen der Verhandlungsgrundsatz gilt. Soweit Bedenken dagegen zu erheben sind, daß die öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten vor den Zivilgerichten dem Verhandlungsgrundsatz unterliegen, nur

---

1) So auch Ule DVBl 1954, 137 ff (140).

2) Darauf weist besonders Haueisen hin, DVBl 1958, 769 ff (771); NJW 1966, 81 ff (86); auch Ule DVBl 1958, 691 ff (695).

weil die Zivilgerichte nach der ZPO verfahren[1], ließe sich die zweckmäßigste Lösung weniger durch eine Angleichung ZPO - VwGO als dadurch erreichen, daß diese Streitigkeiten ihrem Wesen gemäß und in Beseitigung der letzten Reste der Fiskustheorie der Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte zugeführt werden, mindestens aber bei Beibehaltung der Zuständigkeit der Zivilgerichte dem Untersuchungsgrundsatz unterstellt werden.

Bei den Zweigen der Verwaltungsgerichtsbarkeit handelt es sich um eine deutlich abgehobene Gruppe[2]. Daher wird die Vereinheitlichung der Verwaltungsgerichtsverfahren als rechtspolitische Forderung[3] auch von skeptischen Stimmen begrüßt[4], abgelehnt wird sie von niemandem. Eine kritische Untersuchung der drei Verfahrensgesetze auf angleichbare Regelungen liegt umso näher, als in einer synoptischen Übersicht[5] über die jeweils entsprechenden Vorschriften nur in wenigen Fällen völlig identische Bestimmungen aufzufinden sind. Besonders befremdlich erscheint dieses für die Regelung des Verfahrens im ersten Rechtszug, handelt es sich hierbei doch wesentlich um Fragen formeller und technischer Natur, die zwar gesetzgeberisch entschieden werden müssen und die mehrere Möglichkeiten offen lassen, die aber einheitlich zu entscheiden sind, weil ihnen mehr Gesichtspunkte der Zweckmäßigkeit als Notwendigkeiten des Gerichtsressorts zugrundezuliegen scheinen[6].

III Methode

Daraus ergeben sich bereits Methode und Zielsetzung der folgenden Untersuchungen. Entsprechend der von Bettermann aufgestellten Begriffsleiter: Verfahrensvergleichung - Verfahrensangleichung - Verfahrensvereinheitlichung - Verfahrenseinheit - Einheitsverfahren[7] sollen und

---

1) Auch Bettermann läßt diese Frage in seinem Schlußwort auf dem 45. DJT, Bd. 2, Teil E S. 122, offen.

2) Gruppierung wie hier auch bei Knoll S. 19-28, Bettermann ZZP 70, 161 ff (195); Grimm S. 25; Wild S. 25.

3) Mit Nachdruck Werner, BB 1966, 1155.

4) Bettermann a.a.O. S. 195, Naumann SGb 1960, 129 ff (130)

5) GVG, ZPO, ArbGG, VwGO, FGO, SGG; eine vergleichende Übersicht, ausgearbeitet vom Deutschen Anwaltverein, 4. Aufl. Essen 1966.

6) Bettermann a.a.O. S. 187 hält willkürliche Differenzierung wegen Verstoßes gegen den Gleichheitssatz für verfassungswidrig.

7) a.a.O., S. 165

können sich die Untersuchungen nur auf den beiden untersten Stufen bewegen. Soweit die Vorschriften angleichungsfähig sind, ist eine Verfahrenvereinheitlichung möglich und auch nötig. Je mehr das Pendel zur Verfahrensvereinheitlichung ausschlägt, desto eher ist eine Verfahrenseinheit und dann ein Einheitsverfahren die zwangsläufige Folge. Abgesehen vom Aufzeigen der Angleichungsmöglichkeit können diese Stufen jedoch nur vom Gesetzgeber betreten werden. Das läßt es überflüssig erscheinen, entgegen anderen Abhandlungen[1] Formulierungsvorschläge für die Gesetze oder gar den Entwurf für eine künftige gesetzliche Fassung der Vorschriften vorzulegen, nicht zuletzt auch deshalb, weil viele Fragen durchaus einer verschiedenen, in den einzelnen Verfahren untereinander gleichwohl einheitlichen Regelung zugänglich sind.

Andererseits beschränken sich die folgenden Ausführungen auf die Gegenstände, die eine Untersuchung von den Gesetzestexten her geboten erscheinen lassen. Nicht geprüft werden daher insbesondere die Fragen, inwieweit der jetzige - einheitlich geregelte - Zustand der gegenwärtigen Entwicklung des Prozeßrechts noch entspricht und ob sich zweckmäßigere und bessere Lösungen finden lassen, sowie, inwieweit der jetzt einheitliche Gesetzestext zu unterschiedlichen Auslegungen durch die Gerichte geführt hat.

Unter bewußter Auslassung der Spezialverfahren z. B. in Flurbereinigungs-, Lastenausgleichs-, Personalvertretungs-, Wehr- und Wiedergutmachungssachen[2] werden mangels grundsätzlicher Unterschiede daher die gegenwärtig bestehenden Abweichungen der einander entsprechenden Einzelregelungen in den Prozeßgesetzen darauf zu überprüfen sein, ob sie auf sachlich gebotenen, zumindest aber sinnvollen Gründen beruhen.

Abweichungen ausschließlich im Wortlaut, in der Gesetzessystematik und in der redaktionellen Fassung sind deshalb überflüssig, ja sogar schädlich, weil sie der Vermutung Vorschub leisten, es liege auch eine inhaltliche Abweichung vor. Zur Beantwortung der Frage, ob hier ein Unterschied im Wortlaut oder auch ein inhaltlicher Unterschied vorliegt, bedarf

---

1) So die Dissertationen v. Grimm, Knoll, Wild und de With; ferner Ule DVBl 1967, 345 ff. (349)

2) §§ 138-148 FlurberG, §§ 338-344 LAG; §§ 76 ff. PersvertrG; §§ 22-27 KgfEntG; §§ 32-35 WehrpflG

es häufig umfangreicher Überlegungen, wie noch an Beispielen zu zeigen ist. Die Gefahr abweichender inhaltlicher Auslegung liegt auf der Hand. Überflüssige Vorschriften sind selbstverständlich zu streichen. Das gleiche gilt von wörtlichen Rezeptionen von Vorschriften der ZPO oder Spezialverweisungen, sie sind einander anzupassen, wenn damit keine inhaltlichen Abweichungen verbunden sind. Überflüssige Vorschriften sind zu streichen, soweit nicht - übereinstimmend zu beurteilende - Zweckmäßigkeitsgesichtspunkte eine Wiederholung geboten erscheinen lassen[1].

Als Rechtfertigungsgründe für inhaltliche Abweichungen können nur wesensmäßige Unterschiede des materiellen Rechts in Betracht kommen, also Unterschiede in der Natur der Streitgegenstände und des beteiligten Personenkreises im Hinblick auf gerade diesen konkreten Unterschied. Auszuscheiden hat daher insbesondere die bloße Existenz eines abgeschlossenen und verselbständigten Zweiges der Verwaltung. Auszuscheiden hat auch die an sich naheliegende Berücksichtigung der Wirkungen, die das Verwaltungshandeln in den einzelnen Sparten typischerweise zeigt. Auf sozialem Gebiet handelt es sich überwiegend um Leistungsverwaltung, im Abgabenrecht hauptsächlich um Eingriffsverwaltung, aber die allgemeine Verwaltung, die der Kontrolle nach den Regeln der VwGO unterliegt, wird in beiden Formen tätig.

Bei der Suche nach Rechtsfertigungsgründen wird die zeitliche Entstehungsfolge der einzelnen Verfahrensordnungen bedeutsam sein. Von der zuletzt erlassenen FGO wird man erwarten dürfen, daß sie das "modernste" Gesetz ist, ferner, daß die Abweichungen vom "Mustergesetz", der VwGO nur auf wirklich sachlich gebotenen Gründen beruhen[2], da der Gesetzgeber der FGO eine größtmögliche Angleichung zur VwGO angestrebt hat, wie auch die amtliche Begründung der Regierungsvorlage ausdrücklich betont[3]. Andererseits wird das älteste der Gesetze, das 1953 entstandene SGG, in manchen Punkten Regelungen aufweisen, die hinter der weiteren Entwicklung des Prozeßrechts zurückstehen, wie auch anerkannt ist, daß das SGG in vielen Punkten überholungsbedürftig ist[4]. Zu erwähnen ist in diesem Zusammen-

---

1) In diesem Sinne auch Ule, DVBl 1967, 345 ff. (347)

2) Naumann stellt in SGb 1960, 129 ff. (130) den Modellcharakter der VwGO noch in Frage.

3) BT. Drs. IV/1446 Allgem. Teil C I

4) So Haueisen DOK 1966 S. 457 ff.

hang noch, daß die ersten Regierungsvorlagen zur VwGO und zum heutigen SGG, die später Gesetz geworden sind, fast gleichzeitig im Frühjahr 1953 eingebracht worden sind[1], ohne daß jedoch in größerem Umfang Versuche angestellt worden sind, die Unterschiede zu beseitigen. Die Ursache dafür liegt darin, daß die Federführung für das Prozeßrecht auf die verschiedenen Ministerialressorts aufgeteilt ist, was übrigens allgemein für die gegenwärtige Verfahrenszersplitterung gilt.

Die Hauptursache für die gegenwärtige Zersplitterung des Verfahrensrechts liegt jedoch in der getrennt laufenden Entstehung der einzelnen Zweige der Gerichtsbarkeit und der damit parallel laufenden Schaffung des jeweiligen Verfahrensrechts. Daher soll nur skizzenhaft auf die historische Entwicklung des Rechtsschutzes gegen die Tätigkeit der Verwaltung eingegangen werden[2].

§ 3 Die Verschiedenheit der Ursprünge

I Allgemeine Verwaltungsgerichtsbarkeit

Im Zeitalter des Spätabsolutismus, in dem sich die Gewaltentrennung vollzog, war gegen Maßnahmen der Verwaltung ein unmittelbarer Rechtsschutz nicht gegeben[3]. Lediglich die Fiskustheorie, mit deren Hilfe vermögensrechtliche Ansprüche gegen den Staat in privatrechtliche umgedeutet wurden, gab die Möglichkeit, die Gerichte gegen die staatliche Exekutive in Anspruch zu nehmen. Die in Süddeutschland in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts geschaffenen Rechtspflegeeinrichtungen der Verwaltung, so der Geheime Rat, später Staatsrat, in Bayern, der Administrativjustizhof in Hessen-Darmstadt und ähnliche Einrichtungen in Baden, Württemberg und Sachsen, waren reine Verwaltungseinrichtungen ohne richterliche Unabhängigkeit, also noch nicht als Gerichte zu bezeichnen. Parallel zu dieser

---

1) SGG am 25.3.1953 (BT.Drs. I/4225), SGO am 19.5.1953 (BT.Drs. I/5357), die später zusammengefaßt wurden; VwGO am 15.4.1953 (BT.Drs. I/4278)

2) Soweit erforderlich, soll auf Einzelheiten bei der Behandlung der einzelnen Bestimmungen eingegangen werden.

3) Ausführlich: Menger DÖV 1963, 726 ff.; Quidde DVBl 1963, 261 ff; Peters-Sautter-Wolff Einl.B., Sellmann in: Staatsbürger und Staatgewalt Bd. 1 S. 26 ff; Ule, Verhandlungen des 42. DJT, Bd. II, E S. 11 ff.

sog. "Administrativjustiz" entwickelte sich in den Norddeutschen Ländern die sog. "Verwaltungsrechtspflege", in den einzelnen Ländern zwar unterschiedlich, insgesamt setzte sich der Liberalismus hier weniger durch, so daß die Rechtsschutzeinrichtungen hier noch unvollkommener waren[1]. § 182 der Frankfurter Reichsverfassung, der lautete: "die Verwaltungsrechtspflege hört auf, über Rechtsverletzungen entscheiden die Gerichte", erlitt das Schicksal der gesamten Verfassung, so daß sich die weitere Entwicklung in den Partikularstaaten vollziehen mußte. Abgesehen von Erweiterungen des Rechtswegs[2] konnten sich die Bedenken gegen die Administrativjustiz in Form unabhängiger Gerichte erst seit Schaffung des Badischen Verwaltungsgerichtshofs im Jahr 1865[3] durchsetzen, 1872/1875 folgte Preußen[4], später fast alle deutschen Länder[5]. Hierbei bestanden unabhängige und organisatorisch selbständige Gerichte nur auf der Stufe der Oberverwaltungsgerichte bzw. Verwaltungsgerichtshöfe, lediglich das Verwaltungsgericht Hamburg bildete eine Ausnahme. Sonst wurden auf der unteren und - soweit es ein dreistufiges Verfahren gab - mittleren Stufe im Verwaltungsstreitverfahren Behörden als Gerichte tätig. So entschieden in Preußen auf unterster Stufe der Kreisausschuß, auf mittlerer Stufe das Bezirksverwaltungsgericht[6], später der Bezirksausschuß[7]; in Württemberg z. B. gab es unterhalb des Verwaltungsgerichtshofs nur die Kreisregierung[8]. Dabei wurde durch diese Behörden übereinstimmend Rechtsprechung und Verwaltungstätigkeit in Personalunion ausgeübt. Zur Sicherung der Unabhängigkeit auf dem Gebiet der Rechtsprechung wurden im Anschluß an die Gedankengänge v. Gneists[9] Laienbeisitzer beigezogen. Das Verfahren war durchweg in Anlehnung an den Zivilprozeß justizförmig ausgestaltet[10]. Über Stellung

---

1) Zur Entwicklung in den Einzelstaaten: Aus 100 Jahren Verwaltungsgerichtsbarkeit.

2) pr. G v. 24.5.1861 GS S. 371

3) G v. 5.10.1863 RegBl. S. 399

4) pr. KrO v. 13.12.1872, GS S. 661; G betreffend d. Verfassung der VerwG u. d. Verw.streitverfahren v. 3.7.1875 GS S. 375; geändert durch G v. 2.8.1880 GS S. 315, G über die Organisation der allgemeinen Landesverwaltung v. 26.7.1880 GS S. 291; Gesetz über die allgemeine Landesverwaltung v. 30.7.1883 GS S. 195 u. G über die Zuständigkeiten v. 1.8.1883 S. 237.

5) Einzelnachweise bei Fleiner, S. 242 Fn. 17

6) §§ 8, 9 d. G. v. 3.7.1875

7) § 4 G. V. 30.7.1883

8) Art. 6 des Ges. über d. Verwaltungsrechtspflege v. 16.12.1876 RegBl S. 485

9) Der Rechtsstaat S. 162 ff.

10) Art. 17-42 d. G. v. 16.12.1876; §§ 35-51 pr. G. v. 3.7.1875; §§ 61-81 d. G. v. 30.7.1883

und Aufgaben der Verwaltungsgerichte herrschte Uneinigkeit. Unter Führung von v. Sarwey wurde zunächst die Auffassung vertreten, daß es Hauptaufgabe des Verwaltungsprozesses sei, den Schutz der Individualrechte zu gewährleisten[1]. Ausgehend von Preußen setzte sich die Auffassung durch, auch die Wahrung des Grundsatzes der Gesetzmäßigkeit sei Prozeßzweck[2], ja er dominiere sogar[3]. Am weitesten in dieser Richtung ging Otto Mayer, der die Verwaltungsrechtspflege als Verwaltungstätigkeit deutete und das verwaltungsgerichtliche Urteil sogar als Verwaltungsakt ansah[4]. In der verfahrensrechtlichen Ausgestaltung durch die Einzelgesetze kam dieser Meinungsstreit - jedenfalls für den Bereich der allgemeinen Verwaltungsgerichtsbarkeit - weniger zum Ausdruck. Unbeeinflußt hiervon muß man z. B. die organisatorische Ausgestaltung der Gerichte ansehen, die vielmehr nur mit dem Instanzenzug zusammenhängt[5]. Die reformatio in peius war nur in wenigen Ländern ausdrücklich für zulässig erklärt[6] und dann auch nur bei Bestehen eines öffentlichen Interesses, sonst wurde sie überwiegend für unzulässig angesehen[7]. Zwar waren z. B. in Württemberg Ermessensentscheidungen generell unüberprüfbar, für Preußen galt das nur für Polizeisachen, damals aber immerhin einem außerordentlich wichtigen Bereich[8]. Es bleibt praktisch als Auswirkung dieses Streits das Gegensatzpaar Generalklausel (in Württemberg)[9] und Enumerationsprinzip (in Preußen), ein Gegensatz, der dadurch abgemildert wurde, daß in Preußen für Polizeiangelegenheiten ebenfalls die Generalklausel galt[10]. Außerdem ist dieser Gegensatz keineswegs mit Notwendigkeit Ausdruck des jeweiligen Verständnisses vom Wesen der Verwaltungsgerichtsbarkeit.

---

1) S. 73, 79; Jellinek S. 297; weitere Nachweise bei Menger, System S. 19; Jellinek S. 297; vgl. auch S. 94

2) Fleiner S. 253, 257, 267

3) Weitere Fundstellen bei Menger, System S. 17

4) Bd. I S. 135-138

5) a.A. aber Menger, DÖV 1963, 726 (727). Baden z.B. hatte Enumerationsprinzip, aber zweistufiges Verfahren.

6) Hessen, Art. 72 d. G. v. 8.7.1911, RegBl S. 265, Sachsen, Art. 25 d. G. v. 11.7.1900 GVBl S. 486

7) Fleiner, S. 268 m.w.N.

8) § 127 d. G. v. 30.7.1883

9) Art. 13 d. G. v. 16.12.1876

10) § 127 d. G. v. 30.7.1883

Auf der Ebene des Reiches wurden nur besondere Verwaltungsgerichte[1] errichtet, so z. B. das Reichswirtschaftsgericht (1915)[2] und das Reichseisenbahnamt (1873), die jedoch durchweg keine selbständig organisierten Gerichte waren. Das stetig zunehmende Gewicht des Reiches auf dem Gebiet des Verwaltungsrechts ließ schon vor dem ersten Weltkrieg den Wunsch nach Errichtung eines Reichsverwaltungsgerichts laut werden. Die seit 1920 ausgearbeiteten Entwürfe sind jedoch nie Gesetz geworden, obwohl Art. 107 WRV die Einrichtung einer Verwaltungsgerichtsbarkeit des Reiches vorschrieb. Die Verhältnisse nach 1933 können hier außer Betracht bleiben. Die Wiedererrichtung der Verwaltungsgerichtsbarkeit in den Ländern nach 1946 erfolgte auf völlig neuer Grundlage. Es wurden erstmals mehrere Gerichtsinstanzen im heutigen Sinne geschaffen, Gerichtsverfassung, Verfahren und Zulässigkeit des Rechtsweges wurden weitgehend in der jetzt gültigen Form geregelt, in den einzelnen Besatzungszonen und Ländern zwar durch verschiedene Gesetze, inhaltlich aber ohne grundsätzlichen Unterschied. Mit der Errichtung des Bundesverwaltungsgerichts und dem Erlaß der VwGO ist die Entwicklung abgeschlossen.

II Finanzgerichtsbarkeit

Der Ausschluß der Maßnahmen der Verwaltung aus der Rechtsprechung umfaßte selbstverständlich auch die Steuersachen. § 78 II 11 pr. ALR stellte ausdrücklich fest, daß über die Pflicht zur Errichtung allgemeiner Abgaben kein Prozeß stattfand. Mit der Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit in den Partikularstaaten wurde den Verwaltungsgerichtshöfen auch die Entscheidung über Steuersachen übertragen. Der Anfang einer eigenen Finanzgerichtsbarkeit wurde durch die Errichtung des Reichsfinanzhofes (RFH) im Juli 1918[3] gemacht, also noch während des Krieges, zu einem Zeitpunkt, wo es eine Reichsfinanzverwaltung noch gar nicht gab. Er war zuständig für die Entscheidung über Maßnahmen der

---

1) Hierzu die Beiträge in Staatsbürger und Staatsgewalt I v. Klinger S. 103 ff. und Kuntzmann-Auert S. 117 ff. m.w.N.

2) G. v. 24.6.1915, RGBl S. 357, Erlaß des Reichswirtschaftsministers v. 20.5.1919, RGBl S. 469

3) RGBl. S. 959

Landesfinanzverwaltungen in Reichssteuersachen, vor allem also der Besitz- und Verkehrsteuern. Im Zuge der Erzbergerschen Reformen wurde mit Erlaß der Reichsabgabenordnung (AO) vom 13.12.1919[1] ein zweistufiges Gerichtsverfahren geschaffen. In der AO war das Gerichtsverfahren bis zum Erlaß der FGO geregelt. Hiernach waren bis zum Zusammenbruch die Finanzgerichte (FG) Abteilungen der Oberfinanzdirektionen, § 47 AO[2]. Die Richter konnten daher auch Verwaltungsbeamte sein, waren aber insoweit sachlich unabhängig. Die AO war hinsichtlich des Gerichtsverfahrens von Enno Becker bewußt als "verlängertes Veranlagungsverfahren" konzipiert[3] und wurden von den Gerichten auch stets so gehandhabt[4]. Die Funktion der Gerichte beschränkte sich daher auf eine Kontrolle der Verwaltung und auf die Erhebung der "richtigen" Steuer. Das drückte sich vor allem in einer starken Anpassung des Rechtsmittelverfahrens an das Veranlagungsverfahren aus. Erst die Finanzgerichtsordnung brachte für die Finanzgerichtsbarkeit die grundlegende Wandlung, indem sie sich stark an der VwGO orientierte.

III Sozialgerichtsbarkeit

Eine Sozialgerichtsbarkeit im Sinne eines besonderen Zweiges der Verwaltungsgerichtsbarkeit konnte es erst geben, als der Staat die Gewährung von Leistungen auf sozialem Gebiet in die Hand nahm, also mit Erlaß der Sozialversicherungsgesetze Ende des vorigen Jahrhunderts[5]. Das am 15.6.1883 erlassene Krankenversicherungsgesetz[6] enthielt noch Zuständigkeiten der ordentlichen Gerichte und der Verwaltungsgerichte. Seit dem Unfallversicherungsgesetz vom 6.7.1884[7] gab es Bestimmungen über die von den Bundesstaaten zu errichtenden "Schiedsgerichte" (§§ 46 ff.), gegen die der Rekurs an das Reichsversicherungsamt (RVA) gegeben war

---

1) RGBl S. 1993

2) Früher Landesfinanzamt

3) Becker, 6. Aufl. § 217 Vorbem. Anm. 3

4) Zuletzt BFH (v. 4.6.1959) 69, 279 (282)

5) Ausführlich hierzu: Bogs, DVBl 1964, S. 1 ff; Brackmann I, S. 190 e-f II; Knoll in Staatsbürger und Staatsgewalt Bd. I S. 87 ff; Peters-Sautter-Wolff Einl. C

6) RGBl S. 73

7) RGBl S. 69

(§§ 63, 87 ff.)[1]. Das RVA hatte Rechtsprechungs-, Verwaltungs- und Gesetzgebungsaufgaben wahrzunehmen. Es hieß daher: "Das RVA genehmigt, das RVA entscheidet, das RVA bestimmt"[2]. Trotz sachlicher Unabhängigkeit auf dem Gebiet der Rechtsprechung konnte es daher heutigen Anforderungen an die Unabhängigkeit des Gerichts nicht genügen. Durch die Reichsversicherungsordnung (RVO) vom 19.7.1911[3] wurde auch eine Vereinheitlichung des Rechtsmittelverfahrens der verschiedenen Versicherungszweige erreicht, eine grundsätzliche Änderung war damit jedoch nicht verbunden. Das Rechtsmittelverfahren diente, ebenso wie das Verwaltungsverfahren, der Herbeiführung des gesetzmäßigen Zustandes, der Rechtsschutzgedanke stand im Hintergrund. Die Rechtsprechung des RVA genoß jedoch nicht zuletzt wegen der Mitwirkung der Arbeitgeber und der Versicherten als Laienbeisitzer großes Ansehen. Eine grundlegende Wandlung trat erst im Zuge der Neuordnung der Verwaltungsgerichtsbarkeit nach dem Zusammenbruch ein. Am 3.9.1953[4] wurde das inzwischen mehrmals novellierte SGG erlassen.

IV Zusammenfassung

Zusammenfassend läßt sich sagen, daß das Bestehen der verschiedenen Verwaltungsgerichtsbarkeiten und parallel hierzu auch der verschiedenen Verfahrensgesetze im wesentlichen das Produkt einer historisch-politischen und pragmatischen[5] Entwicklung ist, nicht aber das Ergebnis zielbewußter und konsequenter gesetzgeberischer Vorstellungen[6]. Die Verhältnisse in den einzelnen Zweigen der staatlichen Verwaltung lagen sehr verschieden und konnten angesichts dessen, daß weitgehend Neuland erschlossen werden mußte, nur schrittweise und auf speziellen Gebieten rechtlich und legislatorisch erfaßt werden. Gegen eine an sich naheliegende justizstaatliche Lösung sprach die damalige Fachfremdheit der Justizrichter[7]. Der heute selbstverständliche Gedanke der gerichtlichen Nach-

---

1) Ähnlich das Invaliditäts- und Altersicherungsgesetz v. 22.6.1889 (RGBl S. 97)

2) Abg. Freih. v. Hertling RT Drs. 1884 S. 64

3) RGBl. S. 509

4) BGBl I S 1239

5) Hartz, Sonderbeilage HFR 1966

6) Ebenso: H. Arndt, Verhandlungen des 42. DJT Bd. II, E S. 42; Ule, ebenda S. 14, 35; DVBl 1958, 691 (695) Sellmann, NJW 1957, 1091

7) Bluntschli 2. Bd. S. 347

prüfbarkeit der Maßnahmen der staatlichen Verwaltung konnte sich nur allmählich gegen den Widerstand der Exekutive behaupten, indem schrittweise einzelne Zweige der Verwaltung aus der rein behördlichen Nachprüfungskompetenz herausgenommen wurden. Als nach dem Zusammenbruch der Neuaufbau der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Angriff genommen wurde, hätte es an sich nahegelegen, hier gleich ein einheitliches System zu schaffen. Angesichts der übergroßen Fülle an Aufgaben mußte es hierzu aber notwendig an der gesetzgeberischen Kraft fehlen, zumal nichts vorhanden war, an das die Arbeiten hätten anknüpfen können, während im RFH und im zwar aufgelösten RVA Institutionen vorhanden waren, deren Tradition man zunächst weiterführen konnte. So vermochte sich der Neuaufbau der Verwaltungsgerichtsbarkeit ebenfalls nur schrittweise zu vollziehen, wobei der letzte Schritt mit dem Erlaß der FGO nun getan ist.

2. Abschnitt: Die Verfügung über das Prozeßrechtsverhältnis

§ 4 Dispositionsgrundsatz

Die Frage, wer den Prozeß einleiten, dessen weiteres Schicksal bestimmen und den sachlichen Umfang des Prozesses festlegen darf, kennzeichnet man mit dem Begriffspaar Dispositions- und Offizialmaxime oder -prinzip. Die Dispositionsmaxime stellt diese Rechte den Parteien zur Verfügung, während nach der Offizialmaxime diese Verfügungsbefugnis - wenigstens teilweise - beim Gericht liegt. Zu unterscheiden hiervon ist das Begriffspaar Untersuchungs- und Verhandlungsmaxime (grundsatz), wonach die Frage beurteilt wird, wer die Herrschaft über den Tatsachenstoff hat, der bei der Entscheidung des Rechtsstreits zu berücksichtigen ist[1]. Das Begriffspaar Partei- und Amtsbetrieb betrifft demgegenüber die Frage, ob die Parteien oder das Gericht für das äußere Inganghalten des Prozesses z. B. durch Terminanberaumungen, Ladungen und Zustellungen verantwortlich sind. Diese Begriffspaare werden leider häufig verwechselt[2] oder mit verschiedenem

---

1) Seit Gönner, S. 175 ff.

2) Wie hier: Rosenberg S. 293 ff; anders z.B. Baumbach-Lauterbach, Anm. 3 vor § 128; Lang, VerwArch, 52, S. 62; Schönke-Schröder-Niese S. 41

Inhalt gebraucht[1], woraus dann, wie sich zeigen wird, nicht selten falsche Schlüsse gezogen werden.

Während im Strafprozeß die Offizialmaxime gilt, werden der Zivil- und der Verwaltungsprozeß vom Dispositionsgrundsatz bestimmt. Rechtsschutz wird vom Staat nur gewährt, soweit und solange er verlangt wird[2]. Das ist die Konsequenz dessen, daß in diesem Verfahren subjektive Rechte durchgesetzt werden sollen und daß Art. 19 Abs. 4 GG es der Verfügung des Gewaltunterworfenen unterstellt, ob er seine subjektiven Rechte mit gerichtlicher Hilfe durchsetzen will und damit auch, in welchem Umfang er das tun will. Diese Feststellung wird für die Auslegung einer Reihe von Gesetzen von Bedeutung sein und auch für die Frage der Rechtfertigung von abweichenden Regelungen gleicher Institute wichtig sein.

§ 5 Klageerhebung

I Form

Die gesetzlichen Bestimmungen über die Klageerhebung (§ 81 Abs. 1 VwGO, §§ 64 Abs. 1, 47 Abs. 2 u. 3 FGO, §§ 90, 91 SGG) weichen verschiedentlich voneinander ab. Die Klage ist in allen Verfahren übereinstimmend in schriftlicher Form bei dem Gericht zu erheben. Es bedarf zur Klageerhebung, im Gegensatz zum Zivilprozeß, keiner Zustellung an den Gegner. Ferner kann die Klage auch zur Niederschrift des Urkundsbeamten des Gerichts erhoben werden, nach dem Wortlaut von § 90 SGG vor allen Instanzen, nach § 81 Abs. 1 VwGO und § 64 Abs. 1 FGO nur vor den Verwaltungs- bzw. Finanzgerichten, also nur auf der untersten Stufe.

Die praktische Bedeutung dieser Abweichung erscheint zunächst fraglich. Zuständigkeiten der Landessozialgerichte im ersten Rechtszug gibt es nicht, so daß diese Frage für die Mittelinstanz gegenstandlos ist. Die Zuständigkeit des BSG im ersten Rechtszug bei Streitigkeiten nichtverfassungsrechtlicher Art zwischen Bund und Ländern oder der Länder unter-

---

1) Vgl. die Gegenüberstellung bei Martens, StuW 1967, Sp. 369 ff (372); Beispiele auch bei Jarosch DÖV 1963, 133 ff (133-135), Fn 19

2) Nikisch S. 190

einander über Gegenstände der Sozialversicherung (§§ 39 Abs. 2, 51 SGG) läßt ein Bedürfnis für die Klageerhebung durch Niederschrift bei einer Geschäftsstelle nicht erkennen, ein derartiger Gedanke mutet im Hinblick auf die Dignität der Parteien geradezu grotesk an. Man wird eine praktische Bedeutung dieser Abweichung daher sogar verneinen dürfen.

Eine Erklärung für diese Abweichung liefern die früheren Gesetze und Gesetzesmaterialien. In § 128 RVO war eine Form für Rechtsmittel nicht vorgesehen. Das moderne Gerichtsverfahren erfordert aber Formvorschriften, so daß das SGG sich hierzu äußern mußte, was in der erwähnten Weise geschehen ist.

Die Regierungsvorlage zum heutigen § 81 VwGO[1] stimmte wörtlich mit § 90 SGG überein. Die Beratungen im Rechtsausschuß brachten jedoch die Einführung des Anwaltszwanges vor den OVGen bzw. VGHen und dem BVerwG. Es bestand daher kein Bedürnis dafür, vor diesen Gerichten die Erklärung zur Niederschrift des Urkundsbeamten für zulässig zu erachten[2]. Diese Begründung ist insofern überholt, als nach dem Ergebnis der dritten Lesung im Bundestag der Anwaltszwang auf das BVerwG beschränkt worden ist. Die Regierungsvorlage zu § 64 FGO begnügte sich in ihrer Begründung mit einem Hinweis auf die §§ 81, 82 VwGO, §§ 90, 91 SGG[3]. Um den gesetzgeberischen Bemühungen in einem Gesetz über die Vertretung vor den obersten Bundesgerichten und um die Neuordnung des Rechts der steuerberatenden Berufe nicht vorzugreifen, entschloß man sich, die Frage der Vertretung vor dem BFH zunächst offen zu lassen. Die gegenwärtige Regelung der Klageerhebung in Form des Diktats zur Niederschrift des Urkundsbeamten ist also an den Vorstellungen des Gesetzgebers gemessen das Ergebnis vieler Unstimmigkeiten. Sonstige sachliche Gesichtspunkte zur Rechtfertigung der gegenwärtigen Abweichung sind nicht zu finden. Eine einheitliche Regelung ist umso mehr zu fordern, als die Formvorschriften für die Einlegung der Berufung (§ 124 Abs. 2 VwGO, § 151 Abs. 1 SGG) und der Revision (§ 139 Abs. 1 VwGO, § 120 Abs. 1 FGO, § 164 Abs. 1 SGG) in dem hier erörterten Punkte übereinstimmen[4].

---

1) § 22 BT-Drs. III/55

2) Bericht des Rechtsausschusses zu § 82, BT-Drs. III/1094

3) BT-Drs. IV/1446 zu § 60

4) Die Abweichungen hinsichtlich des Gerichts, bei dem das Rechtsmittel einzulegen ist, können in diesem Zusammenhang außer Betracht bleiben.

II Stelle der Klageerhebung

Im Gegensatz zu § 81 Abs. 1 VwGO, wonach die Klagefrist nur dann gewahrt ist, wenn die Klage bei dem Gericht erhoben ist, genügt nach § 47 Abs. 2 FGO und § 91 Abs. 1 SGG die Klageerhebung vor einer Behörde, wobei § 47 Abs. 2 FGO ausdrücklich bestimmt, daß die Klage bei der den Verwaltungsakt erlassenden Behörde zu erheben ist.

Die Rechtfertigung dieser Abweichungen hat auszugehen vom Sinn der zusätzlichen Möglichkeit der Klageeinreichung bei der Behörde, der fraglos darin liegt, eine Erleichterung für das Begehren um Rechtsschutz zu schaffen. Hieraus läßt sich eine abweichende Regelung also nicht erklären, geschweige denn rechtfertigen.

Aufschlußreich ist auch hier ein Blick auf die früheren Regelungen und auf die Gesetzesmaterialien. Die amtliche Begründung in § 91 SGG berief sich lediglich auf die Übernahme der schon früher bestehenden Erleichterung, die nicht zu "Unzuträglichkeiten" geführt habe[1].

Auch in der allgemeinen Verwaltungsgerichtsbarkeit reichte nach früherem Recht die Einreichung der Klageschrift bei der Verwaltungsbehörde aus, die den angefochtenen Verwaltungsakt erlassen oder zu erlassen abgelehnt hat (§ 53 Abs. 2 MRVO Nr. 165, § 49 Abs. 1 S. 2 VVG). Wegen der zwingend vorgeschriebenen Rechtsmittelbelehrung wurde auf eine Übernahme in die VwGO verzichtet[2]. Die Regierungsvorlage zu FGO enthielt bereits in der 2. Wahlperiode die heutige Empfangszuständigkeit der betreffenden Behörde, berief sich aber schon damals auf § 91 SGG und § 82 des VwGO-Entwurfs[3]. Dabei ist nicht verständlich, wieso sich der Gesetzgeber auf zwei unterschiedliche Regelungen berief und keine von ihnen voll übernahm, ganz abgesehen davon, daß man zur Abweichung vom Vorbild der VwGO eine Bemerkung hätte erwarten dürfen.

---

1) Amtl. Begr. zu § 39 SGO der Regierungsvorlage BT Drs. I/4357; ebenso Peters-Sautter-Wolff, § 91 Anm. 1

2) Amtl. Begr. zu § 82 d. Entwurfs BT-Drs. III/55. Demgegenüber konnte sich eine entgegenstehende Anregung des Anwaltvereins nicht durchsetzen, Protokolle des Rechtsausschusses, 3. Wahlp.Sitzung v. 4.2.1959, S. 31

3) BT-Drs. II/1716, zu 61 Abs. 2

Vom Standpunkt überholter Vorstellungen aus, nach denen das Gerichtsverfahren eine Verlängerung des Verwaltungsverfahrens bedeutete, war die Anbringung des "Rechtsmittels" beim officium ex quo durchaus folgerichtig (so auch § 249 Abs. 3 S. 1 AO a.F.).

Heute gelten aber die Gesichtspunkte zum Für und Wider der Anbringung der Klage bei der Verwaltungsbehörde, nämlich einerseits Erleichterung für den Bürger, andererseits zwingende Rechtmittelbelehrung, für alle Gerichtsbarkeiten gleichermaßen. Es kann jedenfalls nicht behauptet werden, daß in der allgemeinen Verwaltungsgerichtsbarkeit vom Kläger mehr erwartet werden kann als in der Finanz- und Sozialgerichtsbarkeit, oder daß das Empfangsmonopol der Gerichte nach der VwGO besonders sinnfällig ist. Welchem der Gesichtspunkte und welcher Regelung man auch den Vorzug geben mag, für eine verschiedene Beurteilung dieser Frage besteht keine Berechtigung.

Ganz abgesehen davon ist nicht verständlich, wieso nach dem Wortlaut des § 91 Abs. 1 SGG theoretisch jede Behörde empfangszuständig sein soll, denn der Kläger wird sich sinnvollerweise auch mit der Klage nur an die Behörde wenden, von der er etwas begehrt oder die er sonst angreifen will.

Der Wortlaut von § 47 FGO und § 91 SGG läßt es auch fraglich erscheinen, in welcher Form die Klageeinreichung bei einer Behörde zu erfolgen hat. § 47 Abs. 2 FGO erklärt ausdrücklich, daß dieses auch zur Niederschrift geschehen kann. § 91 Abs. 1 SGG äußert sich nicht. Da eine niedergeschriebene Erklärung des Klägers die wesentlichen Formalien einer Klageschrift enthält, ist auch nach dem SGG die Erklärung zur Niederschrift für zulässig anzusehen[1].

III Inhalt der Klageschrift

Auch die Bestimmungen über die inhaltlichen Anforderungen an die Klageschrift (§ 82 VwGO, § 65 FGO, § 92 SGG) weichen im Wortlaut voneinander ab.

---

1) Ebenso Peters-Sautter-Wolff § 91 Anm. 3, Rohwer-Kahlmann § 91 Rn 2

Während nach § 82 Abs. 1 VwGO und § 65 Abs. 1 FGO Kläger, Beklagter und Streitgegenstand bezeichnet werden müssen, bestimmt § 92 SGG, daß diese Angabe in der Klage enthalten sein soll. Zwar heißt es in § 92 SGG statt Kläger und Beklagten "Beteiligte", gemeint sein können aber hiermit nur der Kläger und der Beklagte, so daß insofern nur eine Abweichung im Wortlaut ohne inhaltliche Auswirkung vorliegt[1].

In der Praxis dürfte ein Unterschied bei der Handhabung dieser Vorschriften keine Bedeutung haben. Die Aufnahme der geforderten Angaben in die Klage liegt nämlich so nahe, daß praktisch jede ernst zu nehmende Klage diese Formerfordernisse erfüllen wird, auch wenn sie nur erfüllt sein "sollen".

Die Verletzung dieser Vorschriften ist folgendermaßen sanktioniert: Trotz "Mußvorschrift" führt auch nach der VwGO und der FGO die Verletzung dieser Formalien nicht sogleich zur Klageabweisung, weil der Vorsitzende den Kläger unter Fristsetzung zur Ergänzung dieser Angaben aufzufordern hat (§ 82 Abs. 2, VwGO, § 65 Abs. 2 FGO), eine Pflicht, die die richterliche Hinweispflicht konkretisiert und selbstverständlich auch im SGG gilt (§ 106 Abs. 1 SGG). Jeder vernünftige Kläger wird aber auf einen derartigen Hinweis seine Klage in Ordnung bringen. Der Unterschied besteht daher darin, daß im Gegensatz zur VwGO und zur FGO nach §§ 106 Abs. 1, 92 SGG auch nach Hinweis und Fristsetzung durch den Vorsitzenden die Klage nicht mangels Ordnungsmäßigkeit abgewiesen werden kann, wenn der Kläger seine Klage nicht entsprechend vervollstandigt.

So gering die praktische Bedeutung dieses Unterschieds ist, so wenig einleuchtend ist auch seine sachliche Berechtigung. Der Grund dafür, daß in § 92 SGG nur eine Sollvorschrift getroffen worden ist, ist darin zu sehen, daß rechtsungewandte Personen mit Ihrem Begehren um Rechtsschutz nicht an der Verletzung von ihnen unbekannten Formvorschriften scheitern sollen[2]. Es ist durchaus richtig, daß aus sozialstaatlichen und rechtsstaatlichen Erwägungen die mangelnde Rechtskunde der Bürger bei der Aufstellung der Formerfordernisse an eine Klage zu berücksichtigen ist. Rechtsungewandte Bürger treten aber vor allen Verwaltungsgerichten auf. Es kann auch angesichts der unerhörten Kompliziertheit des Verwaltungs- und Verfahrensrechts nicht behauptet werden, die Kläger im sozialgerichtlichen Verfahren

---

1) Vgl. auch unten S. ff.

2) Ebenso Brackmann I, S. 242 h I; amtl. Begr. zu § 40 SGO der Reg.Vorl. BT-Drs. I/4357

seien ungleich rechtsunkundiger als die Kläger in den übrigen Verfahren, so daß die Formerfordernisse hier lockerer zu gestalten seien. Schließlich kann und muß im sozialgerichtlichen Verfahren in gleichem Maße wie in den übrigen Verfahren vom Kläger verlangt werden, daß er auf einen entsprechenden Hinweis des Gerichts die mangelnde Beachtung der Formvorschriften nachholt, wobei keine Gesichtspunkte ersichtlich sind, die eine unterschiedliche Rücksichtnahme auf die Unbeholfenheit des Bürgers gebieten. Denn von demjenigen, der Rechtsschutz durch den Staat begehrt, kann verlangt werden, daß er ein Mindestmaß an eigener Aktivität entfaltet und sich an die Beachtung unerläßlicher Formvorschriften hält. Ein Kläger aber, der trotz Hinweis und Auflage durch das Gericht Formfehler nicht beseitigt, bekundet ein derartiges Maß an Interesselosigkeit, daß ihm Rechtsschutzgewährung, zumal sie bei den Sozialgerichten kostenlos ist, verweigert werden darf. Durch Indolenz wird der Anspruch auf Rechtsschutz verwirkt. § 92 SGG stellt daher eine sachlich nicht gebotene Besonderheit dar und ist angleichungsbedürftig[1]. Hierdurch ließe sich auch dem häufig beklagten Übelstand in der Sozialgerichtsbarkeit abhelfen, daß der Kläger zwar Klage erhebt, sich für deren weiteres Schicksal aber kaum einsetzt, ja nicht einmal interessiert.

Darüberhinaus sind noch folgende Abweichungen zu verzeichnen: Nach § 92 Satz 2 SGG soll die Klage vom Kläger oder einer vertretungsbefugten Person mit Orts- und Datenangabe unterzeichnet sein, eine Vorschrift, die in den anderen Verfahrensgesetzen nicht enthalten ist. Eine inhaltliche Besonderheit kann das aber nicht bedeuten, denn zum einen versteht sich die Beachtung dieser Vorschrift von selbst, zum anderen handelt es sich um eine Ordnungsvorschrift, deren Verletzung nicht sanktioniert ist. Die ausdrückliche Aufnahme dieser Vorschrift ist daher insoweit überflüssig.

Von selbst versteht sich auch die Bezeichnung des angefochtenen Verwaltungsakts und soweit ergangen, des Widerspruchsbescheids, was nach § 65 Abs. 1 FGO erfolgen muß, nach § 92 SGG erfolgen soll, während § 82 VwGO, davon ausgehend, daß die Angabe des VA'es selbstverständlich ist, die Beilegung einer Abschrift bzw. Urschrift des VA als Beweismittel vorsieht. Im übrigen sind auch hier die oben aufgezeigten Gesichtspunkte maßgebend. Inhaltliche Abweichungen sind damit nicht verbunden bzw. nicht zu rechtfertigen, so daß hier eine einheitliche Terminologie anzustreben ist.

---

1) Ebenso de With S. 102

Hinzuweisen ist noch auf die Beifügung von Abschriften für die anderen Beteiligten (§ 81 Abs. 2 VwGO, § 64 Abs. 2 FGO, § 93 SGG). Auch wenn es in § 93 SGG heißt: "... sind beizufügen", handelt es sich übereinstimmend um Sollvorschriften, denn § 93 SGG enthält die gleichen Sanktionen gegen die Verletzung, nämlich Nachforderung und Anfertigung[1], wobei die Kosten im Ergebnis übereinstimmend dem säumigen Kläger auferlegt werden können[2].

Es ist daher festzuhalten, daß sämtliche Vorschriften über die Klageerhebung (§§ 81, 82 VwGO, §§ 63, 64 FGO, §§ 90-93 SGG) vollständig angleichungsfähig sind.

IV Wirkung der Klageerhebung: Rechtshängigkeit

1) Unzulässigkeit neuer Klage

Die Erhebung der Klage führt in allen drei Verfahren zur Rechtshängigkeit (§ 90 Abs. 1 VwGO, § 66 Abs. 1 FGO, § 94 Abs. 1 SGG; im Wortlaut alle identisch).

Die Wirkungen der Rechtshängigkeit bezüglich einer neuen Klage über den gleichen Streitgegenstand sind in § 90 Abs. 2 VwGO und § 66 Abs. 2 FGO abschließend und eindeutig in der Weise übereinstimmend geregelt, daß die Rechtshängigkeit der Klage bei irgendeinem anderen Gericht, gleichgültig welcher Instanz und welchen Rechtswegs, eine erneute Klage über den gleichen Gegenstand unzulässig macht.

Nach dem Wortlaut des § 94 SGG gilt dieses jedoch nur, wenn die Klage schon bei einem Gericht der Sozialgerichtsbarkeit rechtshängig ist und entspricht damit der Regelung nach § 263 Abs. 2 ZPO. Eine sachliche Abweichung liegt demnach dann vor, wenn der Wortlaut des § 94 SGG so zu

---

1) § 81 Abs. 2 VwGO und § 64 Abs. 2 FGO sagen zwar nicht ausdrücklich, das ergibt sich aber daraus, daß nach § 85 VwGO und § 71 FGO die Klage dem Beklagten zuzustellen ist.

2) Für § 93 SGG ergibt sich das unmittelbar aus dem Wortlaut, für § 81 VwGO aus § 155 Abs. 5 VwGO und für § 64 FGO aus § 137 FGO. Ebenso Klinger § 81 Anm. 3, Ule § 81 Anm. II. Einer Heranziehung des § 91 GKG über § 140 FGO, wie Ziemer-Birkholz § 64 Rn 11 meinen, bedarf es daher nicht.

verstehen ist, daß die Rechtshängigkeit der Klage bei einem Gericht eines anderen Zweiges der Gerichtsbarkeit der Zulässigkeit der Klage vor dem Sozialgericht nicht im Wege stünde. Eine entsprechende Auslegung findet sich auch vielfach in Kommentierungen zu dem insoweit gleichlautenden § 263 ZPO[1].

Eine solche Auffassung widerspricht jedoch der heutigen Zuweisung der Sozialgerichtsbarkeit zur einheitlichen Gewalt der Rechtsprechung. Der Kläger wendet sich mit seiner Klage nicht an einen bestimmten Zweig, sondern an die gesamte Gerichtsbarkeit.[2] Aus diesem Grund muß die Rechtshängigkeit der Klage bei einem Gericht auf sämtliche anderen Gerichte, also auch auf die Sozialgerichte ausstrahlen, worauf auch § 94 Abs. 2 SGG hindeutet, der sich harmonisch in das jetzt vollständige System der Rechtswegverweisungen einfügt.

In gleicher Richtung äußert sich die amtliche Begründung[3], wonach im Falle der Rechtshängigkeit bei einem Sozialgericht eine neue Klage unzulässig sei. Der umgekehrte Fall, daß bei Rechtshängigkeit der Klage bei einem anderen Gericht auch eine Klage vor einem Gericht der Sozialgerichtsbarkeit unzulässig ist, ergibt sich dann nämlich konsequentermaßen aus einer parallelen Auslegung der entsprechenden Vorschriften in den anderen Verfahrensgesetzen, d. h., die Rechtshängigkeit der Klage bei der X-Gerichtsbarkeit macht eine neue Klage auch vor dem Sozialgericht unzulässig. Es ist daher in Übereinstimmung mit der herrschenden Lehre festzuhalten, daß § 94 Abs. 2 SGG inhaltlich keine Sonderregelung trifft[4], mithin ist hier eine wörtliche Übereinstimmung anzustreben.

2) Perpetuatio fori

Als weitere Folge der Rechtshängigkeit enthalten alle drei Verfahren die perpetuatio fori: Rechtliche oder tatsächliche Änderungen des Falles sind

---

1) Baumbach-Lauterbach § 263 Anm. 2 A, Stein-Jonas-Pohle § 263 Anm. I IV; Thomas-Putzo § 263 Anm. 1; ähnlich OLG Celle v. 8.7.1955, NJW 1955, 1403; Unbestimmt der BGH in verschiedenen nicht veröffentlichten Entscheidungen, vgl. Gäthgens, DRiZ 1964 S. 233 Fn 6, Rosenberg 7. Aufl. S. 464, anders 9. Aufl. S. 482

2) Ebenso das BAG v. 23.9.1958, JZ 59 S. 91 für die Arbeitsgerichtsbarkeit, in der § 263 Abs. 2 ZPO gilt; Gäthgens DRiZ 1964 S. 233; Wieczorek § 263 Anm. A I, IV a; Maunz-Dürig Art. 19 IV Rn 40

3) Zu 42 SGO, BT-Drs. I/4357

4) Ebenso Brackmann I, S. 242 k IV, Gäthgens DRiZ 1964 S. 233; Peters-Sautter-Wolff, § 94 Anm. 3; Rohwer-Kahlmann § 94 Rn 5

für die Zuständigkeit des befaßten Gerichts ohne Bedeutung (§ 90 Abs. 3 VwGO, § 66 Abs. 3 FGO, § 94 Abs. 4 SGG). Lediglich § 90 Abs. 3 VwGO und § 66 Abs. 3 FGO, nicht aber § 94 SGG, weisen darauf hin, daß der Grundsatz der perpetuatio fori eine Ausnahme erleidet, wenn der Landesgesetzgeber zugleich mit der Errichtung und Aufhebung von Gerichten sowie der Änderung der Gerichtsbezirke auch die schon anhängigen Verfahren der neuen Regelung anpaßt (§ 3 Abs. 1 Nr. 6 VwGO u. FGO). Andernfalls müßte z. B. ein aufgehobenes Gericht noch sämtliche bei ihm rechtshängigen Streitigkeiten zu Ende führen. Durch Änderungsgesetz vom 25.6.1958[1] ist diese Möglichkeit in § 7 Abs. 3 SGG mit im wesentlichen gleichem Inhalt[2] auch in das SGG aufgenommen worden, jedoch ohne entsprechenden Hinweis in dem einschlägigen § 94 SGG. Aber auch ohne diesen Hinweis kann kein Zweifel darüber bestehen, daß der Gesetzgeber nach § 7 Abs. 3 SGG bei Änderung der Gerichtsorganisation auch eine Ausnahme von der perpetuatio fori anordnen kann, daß § 7 Abs. 3 SGG also eine Ausnahme zu § 94 Abs. 3 SGG bildet[3]. Demnach ist eine sachliche Abweichung nicht gegeben.

Ob dieser Hinweis auf das Vorhandensein einer Sondervorschrift nützlich, zweckmäßig oder gar notwendig erscheint, mag hier dahinstehen. Soviel darf jedenfalls gesagt werden, daß diese Frage für alle drei Verfahrensgesetze gleich zu beantworten ist.

§ 6 Bindung an den Klageantrag

Ein weiterer Ausdruck der Dispositionsmaxime besteht darin, daß das Gericht an das Klagebegehren gebunden ist. Es darf dem Kläger nicht mehr zuerkennen, als dieser beantragt hat (ne eat iudex ultra petita partium, § 88 VwGO, § 96 Abs. 1 S. 2 FGO, § 123 SGG). Dieses läßt sich trotz abweichenden Wortlauts der Vorschriften übereinstimmend und ein-

---

1) BGBl. I S. 409

2) Eine Unstimmigkeit hat sich jedoch bei § 7 Abs. 3 SGG insofern ergeben, als zur Aufhebung der perpetuatio fori stets ein Gesetz im formellen Sinne ("Landesgesetz") erforderlich ist, während für die Änderung der Gerichtsbezirke eine Rechtsverordnung genügt.

3) Vgl. auch Bericht des Rechtsausschusses d. BT. BT-Drs. III/338, II zu § 1 Nr. 01, wonach ausdrücklich die sich aus § 94 Abs. 3 SGG ergebenden Zweifel beseitigt werden sollten, ebenso Brackmann I S. 190 u. IV

deutig feststellen[1], so daß insoweit eine redaktionelle Anpassung vorzunehmen ist.

Die Kehrseite dieses Grundsatzes, daß das Gericht den Kläger nicht schlechter stellen darf, als er vor der Klage gestanden hat (Verbot der reformatio in peius) läßt sich dem Wortlaut von § 88 VwGO und § 96 Abs. 1 S. 2 FGO: "das Gericht darf über das Klagebegehren nicht hinausgehen" nicht ohne weiteres entnehmen. Demgegenüber heißt es in § 123 SGG: "das Gericht entscheidet über die vom Kläger erhobenen Ansprüche", wonach das Gericht also nur über die geltend gemachten Ansprüche des Klägers entscheidet, nicht aber über solche der Verwaltung. Es haben bei der Entscheidung des Gerichts also solche Ansprüche außer Betracht zu bleiben, die die Verwaltungsbehörde, aus welchen Gründen auch immer, obj. rechtswidrig nicht geltend gemacht hat. Folglich darf das Gericht den Kläger nicht schlechter stellen, als es durch die angefochtene Verwaltungsentscheidung gestanden hat[2]. Das Verbot der reformatio in peius läßt sich demnach unmittelbar aus § 123 SGG entnehmen.

Gleichwohl trifft § 123 SGG damit aber keine abweichende Regelung, denn das Verbot der reformatio in peius gilt auch in der VwGO[3] und in der FGO[4] und ergibt sich hier aus anderen Vorschriften. Eine entgegenstehende Regelung hätte im Gesetz auch ausdrücklich erwähnt sein müssen, da es sich um eine Ausnahme vom Prinzip der Rechtsschutzgewährung handelt. Für die FGO ergibt sich das auch eindeutig aus der Entstehungsgeschichte. Bei den Beratungen war dieses Institut bis zum Schluß umstritten. Selbst die Regierungsvorlage in der vierten Legislaturperiode sah die Möglichkeit

---

1) Eyermann-Fröhler, § 88 Rn 2; Redeker v. Oertzen § 88 Rn 2; Hübschmann-Hepp-Spitaler § 96 Rn 58; Hofmann-Schroeter § 123 Anm. 1

2) Hofmann-Schweter § 123 Anm. 1 ; Peters-Sautter-Wolff § 123 Anm. 4; Rohwer-Kahlmann § 123 Rn 10; BSG v. 24.2.1960, BSGE 12, S. 25; BSG v. 23.4.1964, BVersBl 1964 S. 140

3) Eyermann-Fröhler § 88 Rn 2; Klinger § 88 Anm. 6; Redeker v. Oertzen § 88 Rn 4; Ule § 88

4) Hübschmann-Hepp-Spitaler § 96 Rn 63; Ziemer-Birkholz § 96 Rn 53, die diesen Grundsatz aus systematischen Gründen, völlig konsequent, bei § 96 FGO behandeln; ausdrücklich auch BFH v. 21.4.1966 HFR 1966 Nr. 336 (S. 377); dagegen jedoch Kalthoff S. 85, der sich auf die Tradition der Gerichte beruft, die "richtige Steuer" festzusetzen und Werner DStR 1966, 412 ff. (413), der das Verbot der r.i.p. sachlich für nicht gerechtfertigt hält, es handle sich um ein "schweres Versehen des Gesetzgebers".

einer reformatio in peius ausdrücklich vor[1], wurde aber bei den Beratungen des Rechtsausschusses des Bundestages im Frühjahr 1965 aus prinzipiellen Erwägungen gestrichen[2]. Hierin ist ein ausdrücklicher Ausschluß des Gesetzgebers zu sehen, nicht nur ein Versehen.

Angesichts der übereinstimmenden Geltung des Verbots der reformatio in peius sollte das auch in übereinstimmender Weise im Gesetzeswortlaut zum Ausdruck kommen.

§ 7 Widerklage

I § 89 Abs. 2 VwGO, § 100 SGG

Die Möglichkeit, daß die beklagte Behörde ein ihr vermeintlich zustehendes Gegenrecht durch Widerklage geltend macht, ist - entsprechend § 33 ZPO - ausdrücklich nur in § 89 VwGO und § 100 SGG geregelt, im Wortlaut jedoch abweichend, während die FGO keine entsprechende Bestimmung enthält. Zunächst soll die Abweichung zwischen VwGO und SGG geprüft werden, da sich hieraus wichtige Aufschlüsse zur Beurteilung der Rechtslage im Finanzprozeß ergeben.

Während nach § 89 Abs. 2 VwGO bei Anfechtungs- und Verpflichtungsklagen, bei Klagen also, die einen Verwaltungsakt zum Gegenstand haben, die Widerklage unzulässig ist, enthält der Text des § 100 SGG abgesehen von den allgemeinen Voraussetzungen (Zusammenhang der Ansprüche) keine derartige Einschränkung. Fraglich ist, ob § 100 SGG demgemäß so ausgelegt werden darf, daß die beklagte Behörde ihren Gegenanspruch bei allen Klagearten im Wege der Widerklage geltend machen kann. So z. B. bei einem Bescheid, der dem Kläger nach dessen Ansicht nicht genug zuspricht, nach ihrer Ansicht aber zu Unrecht begünstigt und folglich Rückforderungsansprüche nach sich zieht. Kann die Behörde den Erstattungsbetrag durch Widerklage feststellen lassen? Oder kann sie, z. B. wenn ein Kläger die Rücknahme eines begünstigenden Verwaltungsakts anficht, die aus der Rücknahme resultierenden

---

1) BT-Drs. IV/1446, § 98 Abs. 2. Die Begründung berief sich auf Koehler § 113 Anm. E I 3, dessen Auffassung im Schrifttum jedoch abgelehnt wird.

2) Bericht d. Abg. Bauer zu BT-Drs. IV/3523, 3 zu § 98

Erstattungsansprüche oder sonst unrechtmäßig ausgezahlte Beträge im Wege der Widerklage geltend machen? Hierzu ist zunächst zu sagen, daß dann, wenn die Behörde ihre Gegenansprüche im Wege eines Leistungsbescheids durchsetzen und sich demgemäß selbst einen vollstreckbaren Titel verschaffen kann, das Rechtsschutzbedürfnis fehlt, so daß eine Widerklage, für die auch ein Rechtsschutzbedürfnis vorhanden sein muß, unzulässig ist[1]. Soweit eine Behörde, durch Verwaltungsakt, also hoheitlich-übergeordnet, tätig wird und auch ihren Gegenanspruch durch VA durchsetzen kann, liegt demnach eine Abweichung nicht vor. Sofern jedoch die durch Verwaltungsakt handelnde Behörde ihren Rückforderungsanspruch nicht selbst durch Erlaß eines Leistungsbescheids durchsetzen darf, ist nach der VwGO eine selbständige Leistungsklage erforderlich, während nach dem SGG widerklage zulässig ist. Bedeutung bekommt dieser Fall dadurch, daß die bisher herrschende Ansicht, daß ein Hoheitsträger einen Anspruch, der seine Grundlage in einem subordinationsrechtlichen Rechtsverhältnis findet, stets durch Leistungsbescheid vollstreckbar machen kann[2] (§ 1 Abs. 1 VwGO), neuerdings in Frage gestellt wird. Historisch ist § 89 VwGO, wie in der amtlichen Begründung anklingt[3], ein Ergebnis der Auffassung, daß alle im Zusammenhang mit einem subordinationsrechtlichen Rechtsverhältnis stehenden Ansprüche durch Leistungsbescheid geltend gemacht werden können, so daß bei Anfechtungs- und Verpflichtungsklagen, da von Natur subordinationsrechtlich, eine Widerklage stets am Rechtsschutzbedürfnis scheitern würde. Teils wird in Frage gestellt, daß diese Gegenansprüche subordinationsrechtlicher Natur seien, teils wird aus Art. 20 Abs. 3 GG gefolgert, daß sich die gesetzliche Ermächtigung zum Eingreifen auch auf den Eingriff gerade durch Verwaltungsakt beziehen müsse[4]. Zwar konzentriert sich der Streit hauptsächlich auf die Durchsetzung von Schadensersatz- und Regreßansprüchen des Dienstherren gegen

---

1) BSG 6, 97 (v. 7.11.1957) und 15, 81 (v. 6.9.1961). Ebenso Brackmann I § 242 b I; Peters-Sautter-Wolff § 100 Anm. 1; Rohwer-Kahlmann § 100 Rn 10-13 a.A. LSG Berlin v. 31.3.1955 BversBl 1955, 124 mit (insoweit) zustimmender Anm. v. Hennig S. 125

2) BVerwG 18, 283 (v. 6.5.1964); 19, 243 (v. 17.9.1964); ausdrücklich gegen die erhobene Kritik bestätigt durch BVerwG 21, 270 (v. 28.6.1965). Zustimmend Weingart, DÖV 1967, 289 ff.

3) BT-Drs. III/55 zu § 90

4) Henrichs NJW 1964; NJW 65, 458; Menger VerwArch 55 (1964), 81; Renck JuS 1965, 129 ff. Rupp DVBl 1963, 577 ff.; JZ 1965, 180 ff. Wacke DÖV 1966, 311 ff; OVG Hamburg, v. 14.1.1965, DÖV 1966, 349, zweifelnd auch der 6. Senat des BVerwG, 24, 225 (v. 24.6.1966)

Beamte (§ 78 Abs. 1, 2 BBG, § 46 Abs. 1 u. 2 BRRG und die entsprechenden Ländergesetze) und Soldaten (§ 24 SoldG)[1], doch muß dieses auch für die übrigen Erstattungsansprüche gelten, z. B. für die bezahlten Beträge nach Rücknahme eines Bewilligungsbescheides[2], wo das Bedürfnis nach einer Widerklage noch am ehesten praktisch werden könnte. Das Problem der Zulässigkeit eines Leistungsbescheids kann hier nicht weiterverfolgt werden. An dieser Stelle genügt die Feststellung, daß dieser bei den gesetzgeberischen Beratungen zur VwGO noch nicht bestehenden Streitfrage des allgemeinen Verwaltungsrechts aus Gründen der Praktikabilität und Verfahrensökonomie, aber auch der Rechtssicherheit für den Bereich der Widerklage die Bedeutung genommen werden sollte, indem auch nach der VwGO die Widerklage bei Anfechtungs- und Verpflichtungsklagen nicht mehr grundsätzlich unzulässig ist.

Nach § 89 Abs. 1 S. 2 i.V.m. § 52 Nr. 1 VwGO ist eine Widerklage unzulässig, wenn bei Streitigkeiten über ortsgebundenes Recht oder unbewegliches Vermögen ein anderes Verwaltungsgericht örtlich zuständig ist, während sonst die Widerklage einen besonderen Gerichtsstand begründet. Eine entsprechende Regelung für das SGG kommt nicht in Betracht, da es hier Streitigkeiten der in § 52 Nr. 1 VwGO genannten Art nicht gibt. Die Abweichung von dem Grundsatz des besonderen Gerichtsstandes der Widerklage in § 89 Abs. 1 S. 2 VwGO rechtfertigt sich daraus, daß die in § 52 Nr. 1 VwGO genannten Fälle naturgemäß nur von dem Gericht zu entscheiden sind, in dessen Bezirk das Grundstück liegt oder das betreffende Recht gilt. Man kann hier von einer absoluten Zuständigkeit sprechen. § 89 VwGO ist daher insoweit nicht verallgemeinerungsfähig, jedenfalls hätte eine allgemeine Vorschrift im SGG keine Bedeutung.

II Im finanzgerichtlichen Verfahren

Eine Regelung der Widerklage fehlt in der FGO. Die Heranziehung des § 33 ZPO über die Generalverweisung in § 155 FGO ist nicht möglich.

---

1) So die unter 4) auf Seite 27 angeführten Entscheidungen.

2) So im Sinne der bisherigen Rechtsprechung BVerwG DÖV 1967, 268 (v. 21.9.1966); OVG Münster, DÖV 1967, 271 (v. 20.4.1966); offenbar auch OVG Hamburg DÖV 1967, 273 (v. 21.1.1966)

Zum einen war dem Gesetzgeber die Regelung der Widerklage in § 89 VwGO und § 100 SGG bekannt, so daß die Nichterwähnung in der FGO, übrigens schon seit der ersten Regierungsvorlage[1], als bewußter Ausschluß anzusehen ist. Zum anderen liegen die Gründe für den Ausschluß auch außerordentlich nahe, denn das Abgabenrecht ist wie kein anderer Zweig des öffentlichen Rechts auf Subordination angelegt. Da entsprechend § 89 VwGO Anfechtungs- und Verpflichtungsklagen im Steuerrecht ohnehin für eine Widerklage ausscheiden, kommen hier überhaupt nur Leistungsklagen im engeren Sinn und Streitigkeiten zwischen verschiedenen Hoheitsträgern auf dem Gebiet des Abgabenrechts in Betracht[2]. Die Leistungsklage im engeren Sinn ist auf dem Gebiet des Steuerrechts praktisch bedeutungslos, denn jede Maßnahme der Finanzverwaltung abgabenrechtlicher Art dem Bürger gegenüber, sei sie gewährend, sei sie belastend, kann in die Form eines Verwaltungsaktes gekleidet werden[2]. Auch eine Unterlassungsklage erscheint kaum denkbar[3], so daß es keine Fälle gibt, in denen das Bedürfnis nach einer Widerklage der Verwaltung gegen den Bürger besteht. In Betracht kommt für eine Widerklage daher allenfalls eine Streitigkeit zwischen verschiedenen Hoheitsträgern. Da aber im Abgabenrecht die mittelbare Staatsverwaltung nur wenig ausgeprägt ist, kommt auch dieser Möglichkeit keine Bedeutung zu. Denkbar wäre allenfalls, daß eine Gemeinde der Festsetzung des Steuermeßbetrages bei der Gewerbesteuer im Klagewege widerspricht[4]. Ein damit zusammenhängender Gegenanspruch des Finanzamts ist aber nicht vorstellbar, so daß die Möglichkeit einer Widerklage für die Finanzgerichtsbarkeit in der Tat ausscheidet.

---

1) BT-Drs. II/1716

2) Die Erstattungsansprüche nach §§ 150, 151 AO sind durch Verpflichtungsklage geltend zu machen, wenn die Behörde einem entsprechenden Antrag nicht nachkommt, da es sich um die verbindliche Regelung eines Einzelfalles, also ein VA handelt. Denkbar ist noch ein Antrag auf Durchführung einer Betriebsprüfung. Doch auch hierbei handelt es sich über das tatsächliche Handeln hinaus um einen Verwaltungsakt, nämlich die Feststellung wirtschaftlicher Gegebenheiten, so mit Recht Ziemer-Birkholz § 49 Rn 59, a A Hübschmann-Hepp-Spitaler vor § 40 FGO Rn 4.

3) Ziemer-Birkholz § 40 Rn 149. Vgl. auch Messmer, BB 1962, 145 (148), der der Leistungsklage im engeren Sinn für die FGO keinen Raum gibt. Deren Bedeutungslosigkeit ist jedenfalls anerkannt, Loose, BB 1966, 243 (246), Ziemer Birkholz § 40 Rn 145.

4) BFH v. 20.11.1962, BStBl III 1963, 48

III Allgemeine praktische Bedeutung

In diesem Zusammenhang stellt sich freilich die Frage, welche praktische Bedeutung der Widerklage für die allgemeine Verwaltungsgerichtsbarkeit und die Sozialgerichtsbarkeit zukommt. Da sie bei Anfechtungs- und Verpflichtungsklagen, also in den bei weitem bedeutungsvollsten Fällen nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts unzulässig ist, kommt sie auch hier nur gegen Leistungsklagen im engeren Sinne und bei Streitigkeiten zwischen verschiedenen Hoheitsträgern in Betracht. Auch hier sind Gegenansprüche der beklagten Behörde, die in Zusammenhang mit dem Begehren des Klägers stehen und nicht durch VA durchgesetzt werden können, nur schwer zu konstruieren, so daß auch hier die Widerklage allenfalls ein "Schattendasein" führt[1]. Symptomatisch hierfür ist, daß in der Sozialgerichtsbarkeit trotz der großen Bedeutung der Selbstverwaltungskörperschaften in der höchstrichterlichen Rechtsprechung, soweit sie veröffentlicht ist, alle Entscheidungen zur Widerklage ein Subordinationsverhältnis zum Gegenstand haben, in denen die Behörde einen Verwaltungsakt erlassen konnte, so daß das Rechtsschutzbedürfnis fehlte[2], nur in einem einzigen Fall stritten zwei Sozialversicherungsträger untereinander, hier machte die Beklagte einen Amtshaftungsanspruch durch Widerklage geltend, die aber zu Recht als unzulässig abgewiesen wurde, da hierfür das Zivilgericht zuständig ist[3]. Zu § 98 VwGO liegt, soweit ersichtlich, überhaupt keine Entscheidung vor. Ein Bedürfnis für die Zulässigkeit der Widerklage überhaupt muß daher stark in Zweifel gezogen werden. Statistisches Material darüber, in welchem Umfang zulässigerweise Widerklage erhoben worden ist, liegt nicht vor, doch erscheint es wahrscheinlich, daß die Widerklage wirklich ganz bedeutungslos ist, so daß sie generell beseitigt werden könnte. Andernfalls darf als Ergebnis festgehalten werden, daß die Nichtaufnahme der Widerklage in die FGO sachgerecht ist.

---

1) Redeker v. Oertzen § 98 Rn 1; Hofmann-Schroeter § 100; Peters-Sautter-Wolff § 100 Anm. 1; LSG Berlin v. 31.3.1955, BVersBl. 1955, 124.

2) BSG v. 3.7.1956, BSGE Bd. 3 S. 135; BSG v. 7.11.1957 Bd. 6 S. 97; BSG v. 29.4.1959, BVersBl 1959, 139; BSG v. 6.9.1961, BSGE Bd. 15 S. 81; BSG v. 27.2.1963, Vers. Beamte 1963, 67

3) BSG v. 1.3.1963 Bd. 18 S. 239 (297)

§ 8 Änderung der Klage

I Rezeption des § 268 ZPO

Eine Änderung der Klage ist übereinstimmend[1] zulässig, wenn die übrigen Beteiligten einwilligen oder das Gericht die Änderung für sachdienlich hält (§ 91 Abs. 1 VwGO, § 67 Abs. 1 FGO, § 99 Abs. 1 SGG)[2].

In wörtlicher Rezeption des § 268 ZPO sind in § 99 Abs. 3 SGG die Fälle aufgezählt, auf die die Regeln der Klageänderung nicht anzuwenden sind. Da § 268 ZPO unbestritten über § 173 VwGO und § 155 FGO auch für das Verfahren vor den allgemeinen Verwaltungs-[3] und Finanzgerichten[4] gilt, liegt eine inhaltliche Abweichung nicht vor. Die Frage, ob eine Vorschrift, die bereits über die allgemeine Subsidiaritätsklausel gilt, und das wäre für das SGG auch bei Fehlen des § 99 Abs. 3 hinsichtlich § 268 ZPO der Fall, noch einmal wörtlich wiederholend aufgenommen werden soll, ist eine Zweckmäßigkeitsfrage, die einheitlich zu beantworten ist, so daß hier eine Anpassung des Wortlauts zu erfolgen hat.

II Einwilligung der Beteiligten

Nach § 99 Abs. 2 SGG wird es als Einwilligung der Beteiligten in die Klageänderung angesehen, wenn sie sich sachlich auf die geänderte Klage einlassen, ohne der Änderung zu widersprechen[5]. Im Gegensatz hierzu

---

1) Bis auf das Wort "nur" vor "zulässig" in § 99 Abs. 1 SGG ist auch der Wortlaut der Vorschriften identisch.

2) Das gilt selbstverständlich nur für eine ordnungsgemäß erhobene, d. h. rechtshängige Klage, sachlich besteht daher kein Unterschied zu § 264 ZPO, so daß auch § 264 ZPO in eine Angleichung der Gesetzestexte einzubeziehen ist.

3) Eyermann-Fröhler § 91 Rn 2, 6, 7; Klinger § 91 Anm. B 1; Ule § 91 Anm. 1

4) Görg-Müller § 67 Anm. 2 A (Rn 339), Hübschmann-Hepp-Spitaler § 67 FGO Rn 1; Ziemer-Birkholz § 67 Rn 7, Tipke-Kruse § 67 FGO Rn 1, § 263 ZPO habe nur "klarstellende" Bedeutung.

5) § 269 ZPO bildet eine Einschränkung, da die Vermutung hier nur für die Einlassung in der mündlichen Verhandlung gilt.

gilt das nach dem Text von § 91 Abs. 2 VwGO und § 67 Abs. 2 FGO nur für die Einwilligung des Beklagten. Eine strenge Wortauslegung führt dazu, daß die übrigen möglicherweise vorhandenen Beteiligten, also z. B. die Beigeladenen, ihre Einwilligung nur ausdrücklich erklären können[1]. Das ist unverständlich, denn auf die Gestaltung des Antrags hat der Beigeladene keinen Einfluß, lediglich auf die rechtlichen Auswirkungen des Prozesses auf ihn kommt es an. Außerdem unterliegen die Prozeßhandlungen regelmäßig inhaltlich gleichen Formvorschriften für alle Beteiligten. Andere Gesichtspunkte zur Begründung einer abweichenden Regelung lassen sich nicht finden. Die Gesetzesmaterialien geben keinen Hinweis auf die Gründe, noch nehmen sie überhaupt von der Abweichung Kenntnis. Völlig zutreffend sind daher die Kommentare fast ausschließlich der Ansicht[2], daß hier ein Redaktionsversehen vorliegt, so daß § 91 Abs. 2 VwGO und § 67 Abs. 2 FGO auch für die Einwilligung anderer Beteiligter gelten. Im übrigen wird das Gericht die Klageänderung bei Einwilligung des Beklagten in der Regel für sachdienlich halten, so daß es auf die Einwilligung der übrigen Beteiligten dann ohnehin nicht ankommt. Um abweichende Auslegungen zu verhindern, sind daher §§ 91 Abs. 2 VwGO und 67 Abs. 2 FGO dem Wortlaut des § 99 Abs. 2 SGG anzupassen, wobei auch die übrigen überflüssigen Wortabweichungen[3] zu beseitigen sind.

III Einbeziehung eines ändernden oder ersetzenden Bescheids in das Gerichtsverfahren

Die Einbeziehung eines ändernden oder ersetzenden Bescheids in ein bereits anhängiges Verfahren über die gleiche Sache ist in Zulässigkeit und Form unterschiedlich geregelt. Nach § 96 Abs. 1 SGG wird der neue

---

1) So Görg-Müller § 67 Anm. 2 (doppelt) Rn 343

2) Für die VwGO: Eyermann-Fröhler § 91 Rn2; Klinger § 91 Anm. D 2, Koehler § 91 Anm. IV 3, Redeker v. Oertzen § 91 Rn 9, Schunck-De Clerck § 91 Anm. 2 b, Ule § 91 Anm. 2; für die FGO: Hübschmann-Hepp-Spitaler § 67 FGO Rn 16; Ziemer-Birkholz § 67 Rn 18; a.A.Görg-Müller § 67 zweite Anm. 2 (Rn 343) unter Berufung lediglich auf den Wortlaut.

3) Ferner sind noch folgende, lediglich redaktionelle und daher überflüssige Abweichungen zu verzeichnen: § 91 Abs. 3 VwGO: "... nicht vorliegt oder zuzulassen sei"; § 67 Abs. 3 FGO: "... nicht vorliegt oder zuzulassen ist"; § 96 Abs. 4 SGG: ".. nicht vorliege oder zuzulassen sei...". Die Mischung von Indikativ und Konjunktiv in § 91 VwGO ist stilistisch verunglückt.

Verwaltungsakt kraft Gesetzes Gegenstand des Verfahrens, nach § 68 FGO nur auf Antrag des Klägers und nur bei Anfechtungsklagen, ohne daß weitere Voraussetzungen erfüllt zu sein brauchen. In der VwGO ist eine entsprechende ausdrückliche Vorschrift nicht enthalten.

1) § 68 FGO und § 96 SGG

a) Auf Antrag oder ex lege?

Es ist zunächst zu fragen, ob es gerechtfertigt ist, die Einbeziehung des neuen Verwaltungsaktes in den laufenden Prozeß teils von einem Antrag des Klägers abhängig zu machen (§ 68 FGO), teils kraft Gesetzes erfolgen zu lassen (§ 96 SGG).

Historisch bildet § 96 SGG eine Weiterentwicklung des § 1608 RVO, wonach der neue Bescheid ebenfalls ex lege Gegenstand des Rechtsmittelverfahrens wurde, allerdings nur insoweit, als durch ihn "die Rente wegen Änderung der Verhältnisse neu festgestellt" wurde[1]. Diese Einschränkung ist weggefallen. § 68 FGO enthält eine dem Finanzprozeß neue Regelung, als Konsequenz der Abschaffung des Devolutiveffekts: Früher waren die Finanzgerichte als Herr auch des Veranlagungsverfahrens selbst zur Änderung zuständig, so daß es einer solchen Vorschrift nicht bedurfte. Es muß angenommen werden, daß das Verhältnis der Einbeziehung des neuen Bescheids in das Gerichtsverfahren als Klageänderung[2] und damit dem Dispositionsgrundsatz zugehörig dazu geführt hat, die Einbeziehung des neuen Verwaltungsakts in das Verfahren nur auf Antrag des Klägers erfolgen zu lassen.[3]

---

1) So ausdrücklich die amtliche Begründung zum entsprechenden § 43 SGO der Regierungsvorlage, BT-Drs. I/4357.

2) Hübschmann-Hepp-Spitaler § 68 FGO Rn 1; Niemeyer DStR 1967, 180; Ziemer-Birkholz § 67 Rn 5; a.A. Tipke-Kruse § 68 FGO Anm.; wonach bei Änderung des Bescheids (nicht bei Ersetzung) der Antrag nach § 68 FGO nur "deklaratorische" Bedeutung habe, da der formelle Gegenstand bestehen bleibe. Der Verwaltungsakt habe nur formelle Bedeutung und gehöre nicht zum Streitgegenstand.

3) Die rechtliche Natur der Einbeziehung des neuen Verwaltungsakts in das Verfahren ist für das SGG umstritten. Klagefiktion: BayLSG v. 9.11.1954, Breithaupt 1955, 545; gesetzliche Fiktion der Klageänderung: Ba-WüLSG v. 2.6.1954, Breithaupt 1954, 1088; kraft Gesetzes eintretende Klageänderung: Peters-Sautter-Wolff § 96 Anm. d, Miesbach jr. SGb 1958, 12 ff., 216 ff. (217): offen: BSG v. 24.10.1956, Bd. 4, 24

Außer der historischen Entwicklung läßt sich zur Durchbrechung des Dispositionsgrundsatzes in § 96 SGG noch folgendes sagen: Eigengesetzlichkeiten der von den Sozialgerichten angewendeten Rechtsgebieten scheiden zur Rechtfertigung aus, denn bei der Frage der Behandlung eines ersetzenden oder ändernden Bescheids während eines Gerichtsverfahrens spielen lediglich prozessuale Gründe der Rechtsschutzerleichterung und der Verfahrensökonomie eine Rolle[1]. Hierbei bildet die Sozialgerichtsbarkeit jedoch insofern eine Besonderheit, als bei ihr häufig eine starke Interessenlosigkeit und Passivität der Kläger nach Klageerhebung anzutreffen ist, bei der die Stellung von entsprechenden Anträgen nicht zu erreichen ist. Das erfordert eine Handhabe, die es ermöglicht, namentlich bei den gerade hier überwiegend anzutreffenden Verpflichtungsklagen die im Zeitpunkt der Entscheidung bestehende Sach- und Rechtslage zugrunde zu legen.

Ohne die Bestimmung des § 96 SGG würde angesichts der großen Bedeutung der nachträglichen Änderung von Bescheiden in der Sozialverwaltung sehr häufig der Fall eintreten, daß das Gericht mangels Antrag die ursprüngliche Klage durch Urteil abweisen müßte und in einem weiteren Verfahren über den neuen Bescheid zu entscheiden hätte[2]. Dieses Bedürfnis besteht bei den Finanzgerichten nicht, da schon die Gefahr der Kostenpflicht den Kläger zur Stellung des ihm günstigsten und aussichtsreichsten Antrag antreiben wird. Die in § 96 SGG liegende Ausnahme vom Dispositionsgrundsatz ist demnach sachlich gerechtfertigt[3].

b) § 68 FGO: nur bei Anfechtungsklagen?

Nach § 68 FGO erfolgt die Einbeziehung des neuen Bescheids in das Verfahren auf Antrag des Klägers, wenn der "angefochtene" Verwaltungsakt ersetzt oder geändert wird, während in § 96 SGG das Wort "angefochten" fehlt. Es erhebt sich die Frage, ob § 68 FGO nur für Anfechtungsklagen gilt, so daß bei Verpflichtungsklagen anders vorzugehen ist[4], wie, bleibe zunächst dahingestellt. Sicher ist, daß die Ersetzung und Änderung

---

1) Eyermann-Fröhler § 79 Rn 5; Görg-Müller § 68 Rn 346; Rohwer-Kahlmann § 96 Rn 3; Ziemer-Birkholz § 68 Rn 3.

2) So auch Peters-Sautter-Wolff § 96 Anm. d; Rohwer-Kahlmann § 96 Rn 1

3) a.A.Naumann SGB 1960, 129 ff. (132), jedoch ohne nähere Begründung

4) Bejahend: Tipke-Kruse § 68 FGO Anm.

des Bescheids bei der Anfechtungsklage die Hauptbedeutung hat. Aber auch bei Verpflichtungsklagen ergibt sich die in § 68 FGO geregelte Rechtslage, z. B. wenn das Finanzamt einen Erstattungs- oder Vergütungsantrag durch Bescheid abgelehnt hat oder zu niedrig beschieden hat, so daß der Berechtigte Klage erhoben hat, woraufhin das Finanzamt den Bescheid abändert. Diese Fallkonstellation kann sich in allen Fällen ergeben, in denen der Kläger Verpflichtungsklage erhebt und die Behörde den Bescheid während des Gerichtsverfahrens abändert. Gründe für eine verschiedene Einbeziehung des neuen Bescheids, jenachdem, ob es sich um eine Anfechtungs- oder Verpflichtungsklage handelt, sind nicht aufzufinden, im Gegenteil, die enge Verwandtschaft dieser Klagearten spricht für eine gleiche Behandlung. Soweit die Verpflichtungsklage schon einen ablehnenden oder dem Antrag nicht voll entsprechenden Verwaltungsakt zum Gegenstand hat, liegt das besonders deutlich auf der Hand, hier ließe sich sogar § 68 FGO unmittelbar anwenden, denn der Kläger ficht zugleich mit der Verpflichtungsklage auch den ablehnenden Bescheid an[1]. Aber auch bei der Untätigkeitsklage besteht ein Bedürfnis für die Anwendbarkeit des § 68 FGO, hier trifft § 46 FGO jedoch eine eigene Regelung. § 68 FGO enthält demnach keine Beschränkung auf Anfechtungsklagen[2], sollte aber, um Mißverständnissen vorzubeugen, durch Streichung des Wortes "angefochten" geändert werden.

2) Rechtslage nach der VwGO

Da in der VwGO eine entsprechende Vorschrift fehlt, ist zu fragen, wie sich die Änderung oder der Erlaß eines neuen Verwaltungsakts über das gleiche Rechtsverhältnis auf den anhängigen Prozeß vor dem allgemeinen Verwaltungsgericht auswirkt. Die Gesetzesmaterialien geben hierzu keinerlei Aufschluß. Es ist auch nicht anzunehmen, daß der Gesetzgeber diese Frage als überflüssig empfunden hat, denn die Änderung von Bescheiden durch die Verwaltungsbehörden während des Gerichtsverfahrens kommt auch in der allgemeinen Verwaltung vor. Auch werden z. B. im Kriegsfolgenrecht oder bei Fürsorgeunterstützungen Verwaltungsakte mit Dauerleistungen erlassen, die einer laufenden Veränderung unterliegen, ferner auch Verwaltungsakte mit Geldbeträgen, alles Fälle, bei denen die nachträgliche

---

1) Hübschmann-Hepp-Spitaler § 46 FGO Rn 18; Ziemer-Birkholz § 46 Rn 18

2) Im Ergebnis ebenso Ziemer-Birkholz § 68 Rn 3, die auf das Klagebegehren abstellen.

Bescheidsänderung von Bedeutung sein kann. Zu denken ist auch an Fälle, wo die Verwaltung zurückgenommene oder widerrufene Genhmigungen und dergleichen nach Erhebung der Anfechtungsklage neu oder nur in beschränktem Umfang erteilt[1].

Zunächst kann der Kläger dann, wenn der neue Verwaltungsakt ihn klaglos gestellt hat, gemäß § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO den Rechtsstreit für erledigt erklären und gegebenenfalls Erlaß eines Feststellungsurteils beantragen, eine Möglichkeit, die auch in § 100 Abs. 1 s. 4 FGO und § 131 Abs. 1 S. 3 SGG enthalten ist.[2] Insoweit ist die Rechtslage eindeutig und übereinstimmend.

Fraglich ist allein, wie zu verfahren ist, wenn der neue Verwaltungsakt den Kläger nicht oder nur teilweise klaglos stellt. Zunächst steht fest, daß die alte Klage dadurch nicht unzulässig geworden ist, denn sonst könnte eine Behörde durch Erlaß eines neuen Verwaltungsakts die Klage dem Kläger jederzeit "aus der Hand schlagen"[3]. Die Erforderlichkeit der Erhebung einer selbständigen Klage gegen den neuen Verwaltungsakt würde demgegenüber den Rechtsschutz außerordentlich erschweren und das Gericht unnötig belasten, so daß aus diesem Grund eine Möglichkeit bestehen muß, den neuen Verwaltungsakt sofort in das Verfahren einzubeziehen. Auch die Durchführung eines neuen Vorverfahrens erscheint sinnlos, denn die Verwaltung hat sich nun bereits dreimal mit der gleichen Sache befaßt und hatte ausreichend Gelegenheit, sie gründlich zu prüfen[4]. Zur Auswahl stehen praktisch zwei Möglichkeiten, nämlich die Einbeziehung des neuen Verwaltungsaktes kraft Gesetzes entsprechend § 96 SGG oder kraft Antrags des Klägers wie nach § 68 FGO. Das Gesetz geht in § 123 S. 2 FGO und § 171 Abs. 2 SGG davon aus, daß die Einbeziehung des neuen Verwaltungsakts in das Verfahren prozessual eine Klageänderung bedeutet, gleich, wie die Einbeziehung erfolgt. Die genannten Vorschriften enthalten die ausdrückliche Ausnahme von dem Grundsatz, daß im Revisionsverfahren eine

---

1) Zur praktischen Bedeutung auch Groschupf DVBl 1961 S. 840 ff (842), Miesbach jr. SGb 1958 S. 12 ff (14).

2) Das gilt trotz der Stellung der Vorschrift bei der Anfechtungsklage auch für die Verpflichtungsklagen, so BVerwG v. 6.9.1962, NJW 1963 S. 553

3) Groschupf aaO S. 842; ebenso BVerwG v. 3.7.1961, Bd. 12 S. 303

4) Ebenso Eyermann-Fröhler § 68 Rn 16

Klageänderung unzulässig ist (§ 142 VwGO, § 123 FGO, § 168 SGG). Diese Ausnahmevorschriften wären gegenstandslos, wenn die Einbeziehung des neuen Bescheids keine Klageänderung bedeuten würde.

Eyermann-Fröhler[1] halten deshalb eine Klageänderung auf Antrag des Klägers für erforderlich. Demgegenüber vertritt Groschupf[2] die Auffassung, die Einbeziehung des neuen Verwaltungsakts in den Prozeß gehe "automatisch", ohne Antrag des Klägers, vonstatten, weil der Verwaltungsakt weder Streitgegenstand noch Klagegrund, sondern lediglich verfahrensrechtlicher Anknüpfungspunkt für die Klage sei.

Zuzugeben ist, daß der angefochtene Verwaltungsakt nicht identisch ist mit dem Streitgegenstand und ein ändernder Bescheid das gleiche Rechtsverhältnis zum Gegenstand hat. Gleichwohl ist aber auch dieses Rechtsverhältnis nicht identisch mit dem Streitgegenstand, sondern bedeutet allenfalls den Klagegrund im Sinne der tatsächlichen Umstände. Wenn eine Behörde den angefochtenen Bescheid unter Aufrechterhaltung einer Beschwer ändert, so trifft sie trotz gleichbleibenden Rechtsverhältnisses eine neue Entscheidung mit neuem Verbindlichkeitsanspruch. Der Verwaltungsakt ist damit mehr als der prozessulae Anknüpfungspunkt an ein Rechtsverhältnis, sondern bildet eine Beschwer, die übrigens damit auch den Klagegrund verändert. Daraus kann nur die Konsequenz gezogen werden, daß die Einbeziehung des neuen Verwaltungsakts in den Prozeß eine Klageänderung darstellt, die nach der VwGO nur auf Antrag erfolgen kann[3].

Es ist daher festzuhalten, daß nach der VwGO die Einbeziehung eines neuen Verwaltungsakts nur im Wege der Klageänderung nach § 91 VwGO

---

1) § 91 Rn 2; das BVerwG 12, 303 (v. 3.7.1961) geht offensichtlich auch von dieser Ansicht aus, da es die Unzulässigkeit der Klageänderung darauf stützt, daß der angefochtene Verwaltungsakt erst im Revisionsverfahren ersetzt wurde und die Ansicht von Groschupf zu dem vom Revisionskläger gewünschten Ergebnis geführt hätte.

3) Ebenso Redeker v. Oertzen § 91 Rn 3. Der Hinweis von Groschupf aaO S. 843, daß auch beim Übergang von der Anfechtungs- oder Verpflichtungsklage zur Feststellungsklage nach § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO keine Klageänderung angenommen werde, trifft nicht, weil dieser Übergang nicht ex lege, sondern nur auf Antrag des Klägers eintritt.

2) a.a.O., S. 843

erfolgen kann[1]. Dabei liegt die Hauptbedeutung darin, daß der Kläger kein neues Verfahren anzustrengen braucht. Die gegenüber § 68 FGO bestehende Abweichung, wonach die sonstigen Voraussetzungen einer Klageänderung nicht vorzuliegen brauchen, fällt zwar praktisch nicht ins Gewicht, weil das Gericht hier stets die Klageänderung für sachdienlich erklären wird, gleichwohl sollte sie und kann sie beseitigt werden[2]. Eine bedeutungsvollere Abweichung liegt freilich darin, daß die VwGO im Gegensatz zu den anderen Verfahrensgesetzen keine Möglichkeit gibt, in diesem Fall die Klageänderung auch noch in der Revision zuzulassen, so daß gegen einen ändernden Bescheid, der erst im Stadium der Revision erlassen wird, neue Klage erhoben werden müßte, Hier ist auch eine inhaltliche Angleichung geboten.

§ 9 Rücknahme der Klage

I Letzter Zeitpunkt der Zulässigkeit

Alle drei Verfahrensordnungen eröffnen dem Kläger die Möglichkeit, seinen Anspruch auf gerichtlichen Rechtsschutz durch Rücknahme der Klage fallen zu lassen (§ 92 VwGO, § 72 FGO, § 102 SGG).

Abweichend geregelt ist der Zeitpunkt, bis zu dem die Klage zurückgenommen werden kann. Nach § 92 Abs. 1 VwGO und § 72 Abs. 1 FGO kann dieses bis zur Rechtskraft des Urteils geschehen, nach § 102 SGG nur bis zum Schluß der mündlichen Verhandlung.

Aus den Gesetzesmaterialien ergibt sich kein Hinweis auf die Gründe der Abweichung. Einleuchtende Gründe für eine unterschiedliche Festlegung des Zeitpunkts, bis zu dem eine Klagerücknahme zulässig ist, sind nur schwer zu finden. In jedem Fall nämlich macht der Kläger von seinem aus der Dispositionsmaxime folgenden Recht Gebrauch, auf den Schutz des bereits angerufenen Gerichts wieder zu verzichten. Bis wann das zeitlich möglich sein soll, ist eine Frage prozessualer Zweckmäßigkeit, die von dem zu entscheidenden Gegenstand nicht beeinflußt wird. Die Rechtskraft des Urteils ist dabei selbstverständlich der zeitlich späteste

---

1) Ebenso OVG Münster v. 8.3.1966, DVBl 1967, 116

2) Ebenso Ule DVBl 1967, 345 (348)

in Frage kommende Zeitpunkt. Daß die Abweichung in § 102 SGG unmotiviert ist gegenüber der weit zweckmäßigeren Regelung in § 92 VwGO und § 72 FGO, ergibt sich aus den praktischen Auswirkungen, die eine konsequente Anwendung des § 102 SGG nach sich zieht. Entschließt sich der Kläger erst nach Schluß der mündlichen Verhandlung zur Rücknahme der Klage, so kann der Kläger Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung beantragen. Kommt das Gericht seinem Antrag nach, so kann er die Rücknahme erklären. Lehnt das Gericht seinen Antrag aber ab, so kann er Berufung oder Revision einlegen und alsdann die Klage zurücknehmen, denn die Klagerücknahme ist auch in den Rechtsmittelzügen zulässig[1]. Die prozeßökonomische Unsinnigkeit dieses Ergebnisses ist offenkundig. Darüberhinaus entsteht dem beklagten Versicherungsträger noch eine weitere Gebühr. Schließlich ist zu bemerken, daß der Kläger durch Rücknahme der Klage im Rechtsmittelverfahren das Urteil des früheren Rechtszuges gegenstandslos machen kann. Aus systematischen Gründen sollte er das bei einem Urteil im gleichen Rechtszug ebenfalls tun können. Insoweit ist daher eine Anpassung des § 102 SGG an § 92 VwGO wünschenswert und erforderlich.

II Zustimmung zur Klagerücknahme

1) Zustimmung des Beklagten

Unterschiedlich geregelt ist auch das Erfordernis der Zustimmung des Beklagten zur Klagerücknahme. Nach § 92 VwGO entfällt das Recht zur einseitigen Klagerücknahme mit Stellung der Anträge in der mündlichen Verhandlung, nach § 72 FGO nach Schluß der mündlichen Verhandlung. Nach § 102 SGG ist eine Einwilligung des Beklagten überhaupt nicht erforderlich.

Die Frage nach der Berechtigung dieser Abweichungen hat auszugehen vom Sinn des Erfordernisses der Einwilligung des Beklagten. Dieser Sinn besteht darin, daß der Kläger sich möglicherweise einer abweisenden

---

1) Das Gesetz läßt diese Frage zwar offen, eine Ausnahme vom Dispositionsgrundsatz hätte im Gesetz aber positiv zum Ausdruck kommen müssen, was nicht der Fall ist, ebenso BSG v. 11.2.1958 SozR SGG 102 Da. 2 Nr. 4, Peters-Sautter-Wolff § 102 Anm. 3; Brackmann I S. 248 a; a.A. Hofmann-Schroeter § 102 Anm. 3

Entscheidung nicht mehr einseitig soll entziehen können, wenn seine Unterlegenheit bereits deutlich geworden ist[1]. Anders betrachtet, dam Beklagten soll das Recht gegeben werden, von einem gewissen Zeitpunkt an selbständig Einfluß auf den Fortgang des Verfahrens zu nehmen. Dieser Zeitpunkt muß im Interesse der Rechtssicherheit festgelegt werden, diese Festlegung sollte aber für die verwaltungsgerichtlichen Verfahren übereinstimmend erfolgen, denn es ist nicht ersichtlich, warum der Zeitpunkt der "Mitherrschaft" über den Fortbestand des Verfahrens bei den Behörden der einzelnen Verwaltungszweige unterschiedlich liegen soll. Ebenso ist nicht einzusehen, warum z. B. die Versicherungsträger, Arbeitsämter und Versorgungsämter im sozialgerichtlichen Verfahren dieses Recht gar nicht haben, denn auch sie haben unter Umständen ein berechtigtes Interesse an der gerichtlichen Entscheidung, z. B. um auf Grund der Entscheidung gerichtsfeste Bescheide erlassen zu können. Für eine unterschiedliche Regelung der Einwilligung des Beklagten lassen sich materiellrechtliche Eigenheiten nicht anführen, Abweichungen sind hier also nicht berechtigt.

2) Zustimmung des Vertreters des öffentlichen Interesses

Nach § 92 VwGO ist darüber hinaus nach Stellung der Anträge die Klagerücknahme auch von der Einwilligung des Vertreters des öffentlichen Interesses abhängig, wenn er am Verfahren teilnimmt. Selbstverständlich kann es eine entsprechende Bestimmung in der FGO und im SGG nicht geben, da es diese Einrichtungen dort nicht gibt. Gleichwohl ergibt sich auch bei Bejahung der Existenzberechtigung dieses Instituts in der VwGO[2] nicht ohne weiteres sein Zustimmungsrecht im Falle der Klagerücknahme. Auf seine Mitsprache kann vielmehr verzichtet werden, ja, dieses ist sogar zu fordern. Da die Möglichkeit der Klagerücknahme noch ein Teil des Begehrens um Schutz der subjektiven Rechte vor vermeintlicher Verletzung ist, welches aber unabhängig von Verhalten des Vertreters des öffentlichen Interesses ist, ist nicht einzusehen, warum er dann verhindern können soll, daß Kläger und Beklagter sogar übereinstimmend

---

1) Amtl. Begr. zu § 93 EVwGO, BT-Drs. III/55

2) Sie wird zumeist negativ beurteilt, vgl . Baring Verw.Arch. 50 (1959), 105 ff. (150 ff); Noack, DÖV 1959, 537 ff (539); Noack, DVBl 1957, 453 ff (453)

ihre subjektiven Rechte auf Erlaß einer gerichtlichen Entscheidung aufgeben. Abgesehen davon, daß auch die praktische Bedeutung dieser Bestimmung bezweifelt werden muß, würde das bedeuten, daß die Wahrung des objektiven Rechts hier zum alleinigen Zweck des Prozesses wird, was dem Wesen des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens zutiefst widerspricht[1]. Das Zustimmungserfordernis des Vertreters der öffentlichen Interesses ist daher abzuschaffen.

3) Zustimmung bei Verzicht auf die mündliche Verhandlung

§ 72 FGO macht bei Verzicht auf die mündliche Verhandlung und nach Ergehen eines Vorbescheids die Klagerücknahme ebenfalls abhängig von der Zustimmung des Beklagten. Eine entsprechende Vorschrift ist in der VwGO nicht ausdrücklich enthalten.

Bei Verzicht auf die mündliche Verhandlung ist nach § 73 FGO eine einseitige Zurücknahme bis zum Eingang der letzten Verzichtserklärung möglich, denn erst dann, wenn alle Beteiligten ihr Einverständnis erklärt haben, kann das Gericht ohne mündliche Verhandlung entscheiden (§ 90 Abs. 2 FGO)[2]. Die Rechtslage für die VwGO, die ebenfalls den Verzicht auf mündliche Verhandlung kennt (§ 101 Abs. 2) ist umstritten. Teils wird angenommen, die einseitige Rücknahme sei bis zum Eingang der letzten Einwilligungserklärung zulässig[3], teils bis zu der des Beklagten[4], teils, sie sei unbeschränkt zulässig[5]. Letztlich geht es bei dieser Auseinandersetzung um die Frage, wann sich das Prozeßrechts-

---

1) Ebenso de With S. 48

2) Ebenso Hübschmann-Hepp-Spitaler § 72 Rn 14; Tipke-Kruse § 72 FGO Rn 7; Ziemer-Birkholz § 72 Rn 8. Diese Ansicht ist freilich bedenklich, denn wenn der Beklagte sich mit dem schriftlichen Verfahren einverstanden erklärt hat, kann es für den Zeitpunkt des Verlusts des einseitigen Klagerücknahmerechts nicht mehr auf das Einverständnis der Beigeladenen zum schriftlichen Verfahren ankommen, da sie erklärtermaßen auf das Klagerücknahmerecht keinen Einfluß haben. Richtig wäre es daher - wenn überhaupt - auf den Zeitpunkt der Einverständniserklärung des Beklagten abzustellen.

3) So Koehler § 92 Anm. III 7

4) Eyermann-Fröhler § 92 Rn 9; jedoch unverständlich, warum auch ggf. bis zur Einwilligungserklärung des Vertreters des öffentlichen Interesses; Klinger § 92 Anm. B 1

5) BayVGH v. 20.7.1960, Verw.Respr. 13, 121 (Nr. 37); Redeker v. Oertzen § 92 Rn 7

verhältnis so verdichtet hat, daß dem Beklagten nicht mehr zugemutet werden kann, einem einseitigen Entzug des Klägers von einer - höchstwahrscheinlich abweisenden - Entscheidung des Gerichts machtlos gegenüberzustehen. Jedoch erscheint es nicht gerechtfertigt, dabei auf den Zeitpunkt des Eintreffens der letzten Einverständniserklärung zum schriftlichen Verfahren abzustellen. Falls nämlich ein Beigeladener sein Einverständnis erst später als der Beklagte abgibt, kann dieses das Prozeßrechtsverhältnis nicht so verdichten, daß gerade jetzt dem Beklagten die einseitige Klagerücknahme nicht mehr zugemutet werden kann[1]. Ganz abgesehen davon läßt das Gesetz sonst die Klagerücknahme von dem Einfluß der übrigen Beteiligten außer den Parteien gerade frei. Schließlich muß betont werden, daß der Einverständniserklärung zum Verzicht auf mündliche Verhandlung regelmäßig andere Beweggründe als die Prozeßaussichten oder die Intensivierung des Prozeßrechtsverhältnisses zugrunde liegen[2]. Das Prozeßrechtsverhältnis wird hier allein durch die Schriftsätze bestimmt[3]. Wann man auch immer den Zeitpunkt des Verlustes des einseitigen Rücknahmerechts für richtig hält, fest steht, daß dieser Zeitpunkt in den einzelnen Verfahren nicht unterschiedlich liegt, so daß hier eine Übereinstimmung erzielende gesetzliche Klarstellung erforderlich ist.

4) Zustimmung nach Ergehen eines Vorbescheids

Nach Ergehen eines Vorbescheids kann der Kläger nach § 72 FGO die Klage nicht mehr einseitig zurücknehmen, nach den Regeln der VwGO aber bis zur Rechtskraft des Vorbescheids[4], was sich daraus ergibt, daß das Erfordernis der Einwilligung in die Klagerücknahme eine Ausnahme von dem aus der Dispositionsmaxime folgenden Grundsatz der Rücknahmefreiheit darstellt und die VwGO diese Ausnahme auf den Fall beschränkt, daß schon Anträge in der mündlichen Verhandlung gestellt sind. Auch für diese Abweichung lassen sich sachliche Gründe nicht anführen. Im Gegenteil, die Regelung nach § 72 FGO muß sogar als verfehlt bezeichnet

---

1) Vgl. auch vorige Seite Fn 2

2) So der BayVGH v. 20.7.1960, Verw.Respr.13,121 (122)

3) Eyermann-Fröhler § 92 Rn 9

4) Ebenso Klinger, § 84 Anm. E; Richter DVBl 1962, 205 ff. (210)

werden. Wenn der Kläger nämlich nach Ergehen des Vorbescheids die Zustimmung des Beklagten nicht erlangen kann, ist es möglich, daß er diese Zustimmung dadurch umgeht, daß er mündliche Verhandlung beantragt (§ 90 Abs. 3 FGO). Dadurch wird der Vorbescheid gegenstandslos und der Kläger gewinnt seine volle Handlungsfreiheit zurück, kann also die Klage wieder einseitig zurücknehmen[1]. Die Bestimmung, daß nach Ergehen eines Vorbescheids die Klage nur mit Einwilligung des Beklagten zurückgenommen werden kann, hat daher keinen sinnvollen Inhalt und ist daher zu streichen.

III Wirkungen der Klagerücknahme

1) Praktische Bedeutung der Abweichung für den Prozeß

Abweichende Regelungen finden sich ferner bei der Wirkung der Klagerücknahme. Nach § 92 VwGO und § 72 FGO stellt die Klagerücknahme den alten Zustand mit Wirkung ex tunc her, so, als wäre nie Klage erhoben. Das ergibt sich auch nach unbefangener Betrachtung der Bezeichnung "Rücknahme" und ist auch geltender Rechtszustand nach § 271 Abs. 3 ZPO. Im Gegensatz hierzu bewirkt nach § 102 SGG die Klagerücknahme nicht die rückwirkende Beseitigung der Klage, sondern unter Aufrechterhaltung der Klage nur die Erledigung des Rechtsstreits. Prozessual wirkt sich dieser Unterschied folgendermaßen aus: Da nach § 102 SGG auch die Rechtshängigkeit der Klage nicht beseitigt wird[2], kann über den gleichen Streitgegenstand keine Klage mehr erhoben werden. Nach § 92 VwGO und § 72 FGO ist infolge ex-tunc-Wirkung der Klagerücknahme eine neue Klage zulässig, was jedoch durch § 72 Abs. 2 FGO für das finanzgerichtliche Verfahren auf nicht-fristgebundene Klagen beschränkt wird, sonst ist nach der FGO die Folge Klageverlust, d. h. bei den wichtigsten Klagearten der Anfechtungs- und Verpflichtungsklage für die FGO eine neue Klage unzulässig. Nur nach § 92 VwGO ist demnach eine erneute Klageerhebung über den gleichen Streitgegenstand ohne Einschränkung zulässig. Da jedoch die Rückgängigmachung der Klage auch die Rückgängigmachung der Fristunterbrechung zur Folge hat, wird in der Praxis eine Klage regelmäßig daran scheitern, daß

---

1) Ebenso Hübschmann-Hepp-Spitaler, § 72 Rn 15; Ziemer-Birkholz § 72 Rn 8

2) So auch Peters-Sautter-Wolff § 102 Anm. 4

die Frist für die Erhebung einer Anfechtungs- oder Verpflichtungsklage (vgl. § 74 VwGO) abgelaufen ist. Da die übrigen Klagearten keiner Frist unterliegen, ergibt sich bei der Anfechtungs- und Verpflichtungsklage ein praktisch nur wenig ins Gewicht fallender Unterschied. - Übereinstimmend - wenn auch aus verschiedenen Gründen, ist eine Klage regelmäßig unzulässig. Soweit jedoch fristgerecht eine neue derartige Klage erhoben wird, was nur nach § 92 VwGO zulässig ist, ebenso bei einer nur nach § 102 SGG unzulässigen erneuten Feststellungs-, Untätigkeits- und Leistungsklage, sind keine materiell-rechtlichen oder sonstige Eigenheiten ersichtlich, die diese Abweichung rechtfertigen könnten.

2) Klageverlust nach § 72 Abs. 2 FGO

§ 72 Abs. 2 FGO, der verhindert, daß ein Kläger, der die Klage während der Monatsfrist des § 47 FGO zurücknimmt, innerhalb dieser Frist den Rechtsstreit noch einmal aufgreifen kann, verfolgt offenbar den Zweck,[1] den Steuerfall möglichst frühzeitig endgültig zu bereinigen. Dieser Effekt würde sich aber in der Regel aller Fälle auch ohnehin einstellen, denn innerhalb der Monatsfrist muß sich der Kläger überlegen, ob er die Klage erheben, diese zurücknehmen und sie erneut erheben will[2]. Sollte dieser Fall wirklich eintreten, dann dürften auch die Gründe des Klägers zu so eigenartigem Verhalten schon allein wegen der Kostenpflicht (§ 136 Abs. 2 FGO) so triftig sein, daß das "öffentliche Interesse" (hier des Finanzamts) an baldiger Befriedung des Rechtsverhältnisses demgegenüber zurückzustehen hat[3]. Zu denken ist etwa daran, daß der Kläger eine unzulässige Klage zurücknimmt, um sie zulässig zu machen. Der Gesichtspunkt, daß dann, wenn der Kläger einmal auf die gerichtliche Verfolgung seiner Ansprüche verzichtet hat, er nicht die Möglichkeit haben soll, wegen der gleichen Sache noch einmal das Gericht anzurufen[4], hat demgegenüber kein durchschlagendes Gewicht. Soweit jedoch

---

1) Die amtliche Begründung zu § 70 des Entwurfs BT-Drs. IV/1446 gibt keine näheren Hinweise; Gast FR 1959, 31 (32) m.w.N.

2) So auch Ziemer-Birkholz § 72 Rn 28

3) Ebenso de With S. 47/48, allerdings ohne nähere Begründung; Gast FR 1959, 31 (32)

4) So aber Hofmann-Schroeter § 102 Anm. 1

die Zurücknahme der Klage durch den Kläger das Ergebnis einer Einigung mit dem Finanzamt auf der Grundlage beiderseitigen Nachgebens ist und das Finanzamt sich berechtigterweise vor einer Rückgängigmachung der Klagerücknahme schützen muß, gewährt § 50 FGO dem Finanzamt die Möglichkeit, vom Kläger einen Klageverzicht zu erreichen und ihn damit ausreichend zu binden[1]. Die Wirkung der Klagerücknahme in § 72 Abs. 2 FGO als automatischer Klageverzicht entbehrt damit einer sachlich begründbaren Notwendigkeit.

3) Erledigung des Rechtsstreits nach § 102 S. 2 SGG

a) Einzugehen ist noch auf die besondere Bedeutung der Erledigung des Rechtsstreits als Wirkung der Klagerücknahme in der Sozialgerichtsbarkeit. Die sich hieraus ergebende bereits erwähnte Eigenart, daß die Klage rechtshängig bleibt, soll den "Erfordernissen der Sozialgerichtsbarkeit" gerecht werden[2]. Gemeint ist damit, daß im Gegensatz zu § 271 ZPO eine Wiederholung der Klage unmöglich gemacht werden soll[3], daß also ebenso wie nach § 72 Abs. 2 FGO Klageverlust eintreten soll, so daß hier die gleichen Feststellungen wie unter 2) zu treffen sind. Sachlich bedeutet § 102 SGG die Übernahme der Rechtsprechung des Reichsversicherungsamts, wonach bei einer Rücknahme des Rechtsmittels die Gegenpartei im Interesse der Rechtssicherheit von einer rechtskräftigen Entscheidung ausgehen sollte[4]. Diese Rechtsprechung, die von dem Verständnis der Klage als Rechtsmittel ausgeht und die jetzt in der Gleichstellung von Klage und Rechtsmittel bezüglich der Rücknahmewirkungen im SGG[5] fortwirkt, ist aber durch die Rechtsentwicklung überholt.

---

1) Vgl. unten § 10

2) Amtl. Begr. zu § 50 ESGO, BT-Drs. I/4357

3) Ebenso Hofmann-Schroeter § 102 Anm. 2

4) RVA v. 6.11.1901, AN 1902 S. 512 (Nr. 889)

5) Im Gegensatz zu allen anderen Verfahren hat in der Sozialgerichtsbarkeit die Rücknahme von Berufung und Revision völligen Rechtsmittelverlust zur Folge, vgl. §§ 156 Abs. 2, 165 SGG; §§ 126 Abs. 2, 140 Abs. 2 VwGO; § 125 Abs. 2 FGO. Auch diese Besonderheit des § 156 Abs. 2 SGG ist nicht zu rechtfertigen, vgl. Grimm S. 116. Das BSG 19, 20 (v. 26.4.1963) bestätigt die Abweichung, führt aber lediglich formale Gründe, hauptsächlich den Wortlaut an.

Über die Wirkungen der Klagerücknahme als Klageverlust hinaus sind mit der Erledigung des Rechtsstreits weitere Folgen weder verbunden[1] noch legislatorisch beabsichtigt. So verliert bei der Klagerücknahme im Rechtsmittelverfahren das Urteil der Vorinstanz automatisch seine Wirksamkeit, ohne daß es einer Aufhebung bedarf[2]. Insoweit darf daher auf die Feststellung zu § 72 Abs. 2 FGO verwiesen werden, wonach diese Besonderheit nicht gerechtfertigt ist. Allerdings müßte das Interesse des Beklagten daran, daß sich der Kläger von einem bestimmten Zeitpunkt ab nicht mehr einseitig der Entscheidung entziehen darf, durch die Einführung der Einwilligung des Beklagten im Sinne der übrigen Prozeßgesetze Beachtung finden[3]. Das Schutzbedürfnis der Behörden, das zu der gegenwärtigen Regelung geführt hat, rechtfertigt nicht die hier aufgezeigte prozessuale Sonderregelung.

b) Im übrigen hat die Erledigung des Rechtsstreits auch keinen Einfluß auf die materiell-rechtlichen Ansprüche, denn diese Seite bleibt durch den Verzicht ausschließlich auf Inanspruchnahme gerichtlichen Schutzes unberührt, es handelt sich lediglich um eine "Entwertung des materiell-rechtlichen Anspruchs".[4] Da die Klage durch die Rücknahme nicht rückwirkend beseitigt wird, werden zwar auch Fristen, die durch Klageerhebung unterbrochen werden, nach dem SGG im Gegensatz zu den anderen Verfahren nicht nachträglich wieder in Gang gesetzt. Praktische Bedeutung hat das aber nicht, da z. B. die Leistungspflicht der Versicherungsträger in der Regel unabhängig von der Zahlung der (Pflicht-) Beiträge ist bzw. nach Eintritt des Versicherungsfalls nicht durch nachträgliche Zahlung beeinflußt werden kann. Es ist auch nicht ersichtlich, welche Fälle de With mit dem Hinweis vorschweben, daß nach § 102 SGG normalerweise zu spät entrichtete Pflichtbeiträge als rechtzeitig gezahlt gelten, so daß der Versicherte hier günstiger steht[5]. Materiell-rechtliche Besonderheiten sind mit der Erledigung des Rechtsstreits also nicht verbunden.

---

1) Hofmann-Schroeter § 102 Anm. 2; Böhme, BG 1961, 484 ff. (486)

2) So auch LSG Ba-Wü v. 24.2.1956, Breithaupt 1957 S. 1151 (1154); Fischer, DOK 1955, 378 ff. (379)

3) Auf diesen Zusammenhang weist auch Fischer, aaO S. 379 hin.

4) Peters-Sautter-Wolff § 102 Anm. 4

5) S. 47; abgesehen davon hält aber auch er die sozialgerichtliche Regelung sachlich nicht für gerechtfertigt.

Abschließend bleibt demnach festzustellen, daß die Bestimmungen über die Wirkungen der Klagerücknahme inhaltliche Abweichungen von § 92 Abs. 2 VwGO sachlich nicht erfordern[1].

IV Geltendmachen der Unwirksamkeit der Klagerücknahme

Durch Hinweis in § 72 Abs. 2 S. 3 FGO auf § 56 Abs. 3 FGO wird bestimmt, daß der Kläger sich auf die Unwirksamkeit der Klagerücknahme nur bis zum Ablauf eines Jahres berufen kann. In der VwGO und im SGG bestehen keine entsprechenden Bestimmungen. Diese Regelung dient der Rechtssicherheit und ist durchaus verallgemeinerungsfähig, sofern dem überhaupt eine praktische Bedeutung zukommt.

§ 10 Verzicht auf Klage

I § 50 FGO

Als Ausprägung der Dispositionsmaxime ist es auch möglich, auf den Anspruch auf gerichtlichen Rechtsschutz zu verzichten. Das kann einmal durch die Nichtbetätigung des Klagerechts erfolgen. Einen weiteren Fall nennt § 50 FGO, wonach bei den einspruchsfähigen Verwaltungsakten, vor allem also bei den Steuerbescheiden (§ 229 AO), der potentielle Kläger auf die Erhebung einer Klage ausdrücklich mit der Folge des unwiderruflichen Verlusts des Klagerechts verzichten kann. Gegen unüberlegtes und voreiliges Handeln des Steuerpflichtigen sind eine Reihe von Schutzklauseln eingebaut, die sogar schon vor Ergehen des Bescheids bzw. der Einspruchsentscheidung[2] einen Verzicht auf die Klage zulassen. Ausdrücklich sei betont, daß nach der Fassung des Gesetzes (durch den Verzicht wird die Klage unzulässig) der Ver-

1) Im Ergebnis ebenso Ule DVBl 1967, 345 ff. (348)

2) Verzicht auf Klage gegen Einspruchsentscheidung dürfte in der Praxis allerdings nicht vorkommen, Tipke-Kruse § 50 Rn 1.

zicht ausschließlich prozessuale Wirkungen hat[1]. Die materiell-rechtliche Seite bleibt unberührt, wenngleich ihr auch die Spitze genommen wird.

II Regelung nach der VwGO

Das Fehlen entsprechender Bestimmungen in der VwGO, im SGG und für die beschwerdefähigen Verwaltungsakte in der FGO führt zur Frage nach der Rechtslage in den von diesen beiden Gesetzen geregelten Verfahren sowie nach der Vorschrift in der FGO. Der gegenwärtige § 50 FGO bildet die Übernahme des früheren § 248 AO unter Berücksichtigung der bisherigen Verwaltungspraxis und der Rechtsprechung des BFH zu § 248 AO a.F.. Sinn der Vorschrift ist es, daß angesichts der Massenhaftigkeit der zu erlassenden Bescheide und des hierauf beruhenden, aber auch spezifisch steuerrechtlichen Interesses sowohl der Verwaltung als auch der Steuerpflichtigen nach möglichst baldiger Klärung der "Fronten" eine Möglichkeit geschaffen wird, die steuerlichen Pflichten und Rechte möglichst schnell und für beide Teile bindend zu ordnen[2].

Auch für die VwGO wird die Zulässigkeit des Klageverzichts von Rechtsprechung[3] und Schrifttum[4] anerkannt. Wenn auch der Klageverzicht vor den allgemeinen Verwaltungsgerichten nicht die praktische Bedeutung wie vor den Finanzgerichten hat, so besteht doch auf manchen Gebieten das gleiche Bedürfnis wie im Steuerrecht, möglichst schnell zu einer abschließenden Regelung zu kommen, damit Bürger und Verwaltung wirtschaftliche oder verwaltungstechnische Maßnahmen treffen können, ohne dabei von dem Gedanken an die mögliche Versetzung des Rechtsverhältnisses in den Schwebezustand behindert zu werden.

---

1) Der Hinweis von Görg-Müller § 50 Anm. 1 (Rn 233) auf den Streit um die Rechtsnatur des Verzichts im Zivilprozeß, vgl. Baumbach-Lauterbach Anm. 1 B vor § 306: Nur Prozeßhandlung: Doppelnatur, ist jedenfalls nach § 50 FGO gegenstandlos. Zutreffend Ziemer-Birkholz § 50 Rn 7: die Beteiligten lassen die materielle Rechtslage dahingestellt.

2) So die amtl. Begr. zu § 49 des Reg.Entwurfs BT-Drs. IV/1446; Hübschmann-Hepp-Spitaler § 50 FGO Rn 2; Ziemer-Birkholz § 50 Rn 5

3) Zuletzt BVerwG v. 27.7.1964 DÖV 1964 S. 703

4) Eyermann-Fröhler § 69 Rn 1; Klinger § 69; Ule § 68 Anm. II 4

Die Zulässigkeit des Klageverzichts läßt sich, wie bereits erwähnt, wegen seiner ausschließlich prozessual-negativen Wirkung aus dem Dispositionsrecht der Beteiligten rechtfertigen, nämlich damit, auch ganz auf die Inanspruchnahme gerichtlichen Rechtsschutzes zu verzichten[1]. Die Bedeutung des Verzichts als unwiderrufliche Prozeßhandlung ist durchaus nicht ungewöhnlich, denn wenn die Beteiligten den Rechtsstreit für erledigt erklären oder der Kläger die Klage zurücknimmt und die Frist - wie es regelmäßig der Fall sein wird - abgelaufen ist (vgl. § 72 Abs. 2 VwGO), kann ebenfalls keine Klage mehr erhoben werden. Die Bedenken gegen den Klageverzicht, daß die Behörde unter Ausnützung ihrer Macht[2] den Bürger praktisch zur Aufgabe von Rechtspositionen zwingt, liegen auf den Hand. Sie bestehen indes auch gegenüber § 50 FGO und sind dadurch auszuräumen, daß die Behörde verpflichtet wird, nur dann den Bürger zum Gebrauch dieses Instituts zu veranlassen, wenn sie keinen von ihr selbst herrührenden Zwang ausübt. Ein Verzicht ist widrigenfalls auch nach § 50 FGO unwirksam. Gegen einen wirklich freiwilligen, dem Verständnis und der Praxis im Steuerrecht entsprechenden Verzicht, der wegen seines beiderseitigen Nachgebens einen ähnlichen Charakter hat wie der Vergleich (aber den materiell-rechtlichen Anspruch unberührt läßt), sind daher keine grundsätzlichen Einwendungen zu erheben[3]. § 50 FGO kann daher auch auf die beschwerdefähigen Verwaltungsakte ausgedehnt werden. In der Möglichkeit des Klageverzichts stimmen FGO und VwGO überein[4], wenn auch seine Hauptbedeutung bei den Steuerbescheiden liegt[5].

---

1) So auch Lang, Verw.Arch. 52 (1961) S. 60 ff., 175 ff. (178)

2) Vgl. Tipke-Kruse § 50 FGO Rn 12 m.w.N.

3) Forsthoff S. 463

4) Lang aaO u. S. 88 behandelt den Verzicht unter Einschluß der materiellrechtlichen Funktion, so daß er konsequentermaßen einen Verzicht nur dann zuläßt, wenn die Beteiligten über den Streitgegenstand disponieren dürfen.

5) Deshalb dürfte die Beschränkung des Klageverzichts in § 50 FGO auf die einspruchsfähigen Verwaltungsakte unschädlich sein; ebenso Hübschmann § 50 Rn 4, aA aber Kühn § 50 FGO Anm. 1, wonach diese "nicht einleuchtende" Regelung auf einem Redaktionsversehen beruhe.

III Regelung nach dem SGG

Der Übernahme bzw. der Geltung des Klageverzichts in das sozialgerichtliche Verfahren stehen grundsätzliche Erwägungen in den hier aufgezeigten Grenzen nicht entgegen, zumal auch die Rücknahme der Klage nach § 102 SGG die Wirkung eines prozeßrechtlichen Verzichts auf Rechtsschutz hat. Die Möglichkeit des Klageverzichts in dem hier erörterten ausschließlich prozessualen Sinn ist jedoch, soweit ersichtlich, weder von der Literatur noch von der Rechtsprechung diskutiert worden[1]. Ein praktisches Bedürfnis hierfür ist freilich auch nicht erkennbar. Zwar ist gerade auch das Sozialversicherungsrecht typisches Massenverwaltungsrecht, so daß eine Vereinfachung und Beschleunigung des Verwaltungsverfahrens begrüßenswert ist. Andererseits ist der Klageverzicht auch eine der Eingriffsverwaltung charakteristische Einrichtung, da er eine vergleichsähnliche Basis voraussetzt, nämlich die gegenseitig nachgebende, endgültige Ordnung der öffentlich-rechtlichen Verhältnisse. Die Möglichkeit sich zu "arrangieren" ist bei der leistenden Verwaltung praktisch nicht gegeben, denn ein Nachgeben der Verwaltung über die Erfüllung der gesetzlichen Leistungspflicht hinaus ist kaum möglich, das Einhandeln eines Rechtsmittelverzichts bedeutet dann regelmäßig eine Veranlassung zur Aufgabe von Rechten des Verzichtenden mit unzulässiger Ausübung behördlicher Machtstellung, wie z. B. das Angebot zu beschleunigter Behandlung des Antrags oder zu beschleunigter Auszahlung[2], denn der Klageverzicht setzt auch einen "Verzicht" der Verwaltung voraus. Soweit die Sozialversicherungsträger jedoch Eingriffsverwaltung ausüben, ist das wirtschaftliche Interesse an schneller und endgültiger Bereinigung z. B. der Beitragspflicht nicht von solcher Intensität, daß ein Bedürfnis und die Grundlage für ein gegenseitiges Nachgeben besteht.

---

1) Meist wird hier der Verzicht auch materiell-rechtlich verstanden und unter dem Stichwort "Verzichtsurteil" behandelt, vgl. Brackmann S. 246, Peters-Sautter-Wolff § 101 Anm. 3, Rohwer-Kahlmann § 101 Rn 23, Barth NJW 1961 S. 1604 ff; Dithmer NJW 1961 S. 2245. Der Verlust allein des Klagerechts ist aber auch dem SGG bekannt, vgl. § 102 SGG. Auch finden sich Bemerkungen, der Anspruch auf Rechtsschutz sei jederzeit "verzichtbar", Brackmann S. 248 a; Peters-Sautter-Wolff § 102 Anm. 1. Gegen eine Zulässigkeit des Verzichts auf Rechtsschutz wird daher abstrakt gesehen nichts einzuwenden sein.

2) So BVerwG v. 15.10.1960, DVBl 1961, S. 135

Einer allgemeinen Regelung des Klageverzichts stehen daher keine Bedenken entgegen, für die Sozialgerichtsbarkeit hätte sie aber keine Bedeutung.

IV Vorweggenommener Klageverzicht

Abweichend von § 50 FGO läßt die Rechtsprechung der allgemeinen Verwaltungsgerichtsbarkeit den Verzicht vor dem Ergeben des Verwaltungsakts nicht zu[1]. Hierzu ist jedoch zu bemerken, daß sämtliche veröffentlichte Entscheidungen Fälle betrafen, bei denen der vorweggenommene Verzicht auch nach § 50 FGO unwirksam gewesen wäre bzw. bei denen die dort angestellten Bedenken bereits in § 50 FGO berücksichtigt worden sind. So ist der Einsatz behördlicher Macht (Zurückhaltung einer Dispenserteilung) zur Erzwingung eines Rechtmittelverzichts[2] wegen Verstoßes gegen Art. 19 Abs. 4 GG auch nach § 50 FGO unzulässig[3]. Eine Überlegungsfrist zum Überdenken der folgenschweren Entscheidung[4] ist in § 50 Abs. 2 FGO enthalten, wonach ein vorweggenommener Verzicht innerhalb eines Monats zurückgenommen werden kann. Der Rechtssicherheit und dem Bedürfnis nach Schutz vor Übereilung ist in § 50 FGO durch große Formstrenge Rechnung getragen. Insgesamt darf daher gesagt werden, daß § 50 FGO die neuesten Entwicklungen des Prozeßrechts berücksichtigt und die hierin enthaltenen Sicherungen gegen den Verlust ausreichenden gerichtlichen Schutzes eine Geltung in der VwGO in vollem Umfang zulassen. Inwieweit die jetztige Fassung noch praktikabel ist, mag dahingestellt bleiben, jedenfalls ließe sich eine dem § 50 FGO entsprechende Bestimmung schon jetzt durch die Auslegung der Gerichte erreichen. Angesichts der wünschenswerten Stärkung der Rechtssicherheit wäre eine Kodifizierung jedoch vorzuziehen.

---

1) Grundsätzlich gegen den vorweggenommenen Rechtsmittelverzicht auch Hartz, JJahrb. 3 (1962/63) S. 100 ff. (123)

2) BVerwG v. 27.7.1964, DÖV 1964, 703; v. 3.6.1958, DÖV 1958, 757; v. 15.10.1960, DVBl 1961, 135.

3) BFH v. 3.7.1952, BStBl III 1952, S. 2241

4) BVerwG v. 30.6.1964, DVBl 1964, 874 (875)

3. Abschnitt: Der Gang des Verfahrens

§ 11 Grundsatz der mündlichen Verhandlung

I Entscheidung durch Vorbescheid

Seit Bestehen der FGO gilt in der Verhandlung vor Gericht der Grundsatz der Mündlichkeit (§ 101 VwGO, § 90 Abs. 1 u. 2 FGO, § 124 SGG). Übereinstimmend können Entscheidungen, die nicht Urteile sind, also Beschlüsse, ohne mündliche Verhandlung ergehen. Das gilt mit Einverständnis der Beteiligten auch für Urteile. Eine weitere gemeinsame Ausnahme vom Grundsatz der Mündlichkeit besteht in der Entscheidung des Rechtsstreits durch Vorbescheid, der ohne mündliche Verhandlung ergeht und den die Beteiligten dadurch rechtskräftig werden lassen können, daß sie den hier zulässigen Antrag auf mündliche Verhandlung nicht stellen (§ 84 VwGO, § 90 Abs. 3 FGO, § 105 SGG). Bei der Entscheidung durch Vorbescheid sind jedoch einige Unterschiede zu verzeichnen.

1) Voraussetzung nach § 90 Abs. 3 FGO

§ 84 VwGO und § 105 SGG lassen eine Entscheidung durch Vorbescheid nur für eine unzulässige oder offenbar unbegründete Klage zu. Demgegenüber ist nach § 90 Abs. 3 FGO der Vorbescheid unbeschränkt zulässig, also auch bei einer nicht eindeutig unbegründeten Klage, ferner auch bei einer begründeten Klage, d.h. bei einer für den Kläger erfolgreichen Entscheidung[1]. Ein weiterer Unterschied besteht darin, daß der Vorbescheid gemäß § 84 VwGO und § 105 SGG nach Ablauf der Frist für den Antrag auf mündliche Verhandlung rechtskräftig wird, nach § 90 Abs. 3 III FGO hat er nur dann die Wirkung eines gewöhnlichen Urteils, kann also gegebenenfalls noch durch Revision angegriffen werden. Praktisch ist der Vorbescheid nach § 90 Abs. III FGO demnach ein vorläufiges Urteil.

a) Bei der Frage der Angleichungsfähigkeit ist auszugehen vom Sinn und Zweck des Vorbescheids. Der Vorbescheid hat die Aufgabe, das Verfahren

---

1) Nach § 294 Abs. II AO a.F. konnte der BFH der Revision durch Vorbescheid stattgeben (Friedrich-Fürnrohr) StuW 1953, Sp. 434 ff. (439). Diese Auslegung kann auch heute nicht zweifelhaft sein, da bei den Beratungen immer auf § 294 Abs. II AO verwiesen wurde, ebenso Ziemer-Birkholz § 90 Rn 20.

durch Vermeidung einer mündlichen Verhandlung zu vereinfachen und zu verkürzen. Die Gerichte sollen entlastet und den Beteiligten sollen Kosten und Aufwand erspart werden[1]. Das gilt übereinstimmend zunächst für die Klagen, die von vornherein wegen Unzulässigkeit keine Aussicht auf Erfolg haben. Für die offenbar unbegründeten Klagen kann dieser gemeinsame Zweck ebenfalls angenommen werden, wobei jedoch bezüglich der Entlastung der Gerichte gleichermaßen Vorbehalte zu machen sind: die Grenzen der offenbaren Unbegründetheit zur zweifelhaften sind flüssig, und häufig wird ein Kläger, der einen solchermaßen begründeten Vorbescheid erhalten hat, mündliche Verhandlung beantragen und weitere Gesichtspunkte zur Stützung seines Antrags vortragen. Die Praktikabilität und Nützlichkeit des Vorbescheids wird daher in der Literatur durchaus unterschiedlich beantwortet[2]. Offenbar gehört dazu ein gewisses Maß an Erfahrung und Fingerspitzengefühl, wenn der Vorbescheid bei unbegründeten Klagen wirklich zu einer Vereinfachung des Verfahrens beitragen soll. Darüberhinaus muß der Vorbescheid nach der FGO angesichts seines erweiterten Anwendungsbereichs offensichtlich auch anderen Zwecken dienen.

Die amtliche Begründung zum Entwurf der FGO in der 4. Wahlperiode - insoweit Gesetz geworden - schweigt zu den gesamten Abweichungen. Es finden sich Hinweise auf die ratio institutionis im beschriebenen Sinn sowie der insbesondere von den steuerberatenden Berufen ins Feld geführte Gesichtspunkt, daß sich die Beteiligten dadurch, daß der Vorbescheid für das Gericht verbindlich ist, möglicherweise besser für ihr weiteres Vorbringen auf die in der Begründung enthaltenen Gründe einstellen können. Doch auch dieser Zweck ist allgemein prozessualer Natur und müßte in allen Verfahrensordnungen gelten. Ferner wird hingewiesen auf die alte Regelung nach § 294 Abs. 2 FGO, so daß kurz auf die historische Entwicklung und Entstehungsgeschichte eingegangen werden muß.

---

1) Amtl. Begr. zum EVwGO, § 85, BT-Drs. III/55; amtl. Begr. zu § 53 ESGO, BT-Drs. I/4357; Eyermann-Fröhler § 84 Rn 1, Peters-Sautter-Wolff § 105 Anm. 1; Ziemer-Birkholz § 90 Rn 20; Erich Knoll aaO S. 141

2) Positiv: Bartels ZfS 1961, 11 ff. (12), Friedrichs SGb 1955, 101; Noack DVBl 1960, 221 (223); Klink SGb 1965, 388 ff (392); Richter DVBl 1962, 205 ff. (206); Wander SV 1956, 3.
Negativ: Gunkel SV 1955, 245 ff (247); Klink DOK 1961, 225 ff (229), vgl. aber oben; Naumann DÖV 1953, 535 ff (537); Richter DVBl 1959, 686 ff (690), vgl. aber oben; Schlegel ZfS 1961, 73; Lüdecke DÖV 1964, 397 ff (398).

b) Vor Erlaß der VwGO war die Rechtslage in der allgemeinen Verwaltungsgerichtsbarkeit die, daß ein Vorbescheid teils nur aus prozessualen Gründen[1], teils wie gegenwärtig[2], teils unbeschränkt zulässig war[3]. Nach § 1657 RVO war ein Vorbescheid ebenfalls ohne Einschränkung zulässig.

In der AO war die Mündlichkeit des Verfahrens im Vergleich zu den anderen Verfahren nur schwach ausgeprägt. Nach § 272 AO erfolgte eine mündliche Verhandlung vor Finanzgerichten überhaupt nur auf Antrag eines Mitglied des Gerichts oder eines Beteiligten, wobei der Antrag eines Beteiligten durch einstimmigen Gerichtsbeschluß zurückgewiesen werden konnte. Die Rechtsprechung hatte allerdings das Zurückweisungsrecht stark eingeengt. Demgegenüber war vor dem BFH die mündliche Verhandlung als Regelfall vorgesehen, die nur mit Einverständnis der Beteiligten unterbleiben konnte (§ 294 Abs. 1 AO a.F.). Als Ventil gegen die starke Belastung durch die mündliche Verhandlung hatte der BFH nach § 294 Abs. 2 AO die Möglichkeit, zunächst ohne mündliche Verhandlung zu entscheiden, worauf die Beteiligten binnen 14 Tagen mündliche Verhandlung verlangen konnten. So wenig verständlich es war, die Mündlichkeit des Verfahrens nur vor dem BFH als Regelfall vorzusehen[4], so rege wurde vor dem BFH von der Möglichkeit des Vorbescheids Gebrauch gemacht. Dieses Institut erfreute sich insbesondere bei den Prozeßvertretern größter Beliebtheit, so daß diese Regelung schon im ersten Entwurf zur FGO in der 2. Legislaturperiode auch für die Finanzgerichte erster Instanz übernommen wurde[5]. Dieses wurde damit begründet, daß es für den Rechtssuchenden sehr zweckmäßig sei, zunächst in verbindlicher Form, wenn auch nur "vorläufig", die Rechtsansicht des BFH zu erfahren, um dann dazu ausführlich Stellung zu nehmen und u.U. auch mitzuhelfen an einer besonders grundlegenden Entscheidung. Sonst erführen sie die Auffassung des Gerichts häufig erst durch die Urteilsgründe[6].

---

1) In Baden-Württemberg, südd. VVG § 55

2) § 55 südd. VVG; § 44 Rhld.-Pf. VVG; § 55 MRVO Nr. 165; § 31 BVerwGG

3) § 57 MRVO Nr. 165

4) Tipke-Kruse 1. Aufl. § 294 Rn. 1

5) § 78 BT-Drs. II, 1716, auch die amtliche Begründung

6) Berger § 194 Anm. III 2 (S. 474); Friedrich-Fürnrohr StuW 1953, Sp. 434 ff. (438); Heßdörfer JJahrb. I (1960) 44 ff. (6a); Kühn, 7. Aufl. § 294 Rn 3

Der Vorbescheid nach § 271 AO in der ersten Instanz spielte mangels Praktikabilität vor den Finanzgerichten keine Rolle[1].

Die Regierungentwürfe zur FGO behandelten die Frage der Mündlichkeit der Verhandlung ursprünglich in der Weise, daß das Einverständnis der Parteien mit dem Absehen von der mündlichen Verhandlung fingiert wurde, sofern sie nicht ausdrücklich dem Gericht widersprachen und mündliche Verhandlung beantragen[2]. Daneben bestand aber auch die Regelung des Vorbescheids, wie sie Gesetz geworden ist. Die Präsumption des Einverständnisses mit dem nicht-mündlichen Verfahren erregte jedoch das Mißfallen des Anwaltvereins. Bei den Beratungen im Rechtsausschuß des 4. Bundestages im Mai 1965 entschloß man sich daher, den Grundsatz der Mündlichkeit wie nach § 101 VwGO zu regeln. Aus prozeßökonomischen Gründen sollte aber den Finanzgerichten wie bisher das Recht erhalten bleiben, möglichst weitgehend von einer mündlichen Verhandlung abzusehen. Dazu erschien der Vorbescheid in der erwähnten und Gesetz gewordenen Weise als ein geeignetes Mittel[3].

c) Abgesehen davon, daß der Gesetzgeber durch diesen Versuch, finanzprozessuales Herkommen zu konservieren, nicht zu einem echten Wandel gekommen, sondern bei der bloßen Proklamation des Grundsatzes der Mündlichkeit des Verfahrens verblieben ist, müssen Zweckmäßigkeit und Wert dieser Regelung in Frage gestellt werden. Vor allem aber ist zu fragen, ob sie wirklich die erhoffte Enlastung für die Finanzgerichte bringt.

Das Vorbild des heutigen § 90 Abs. 3 FGO, § 294 AO a.F., entstammt dem Revisionsverfahren, einem Verfahrensstadium also, wo bei als feststehend anzusehendem Sachverhalt lediglich Rechtsfragen geklärt werden sollen. Hier wird eine mündliche Verhandlung in der Tat häufig entbehrlich sein.[4] In der Tatsacheninstanz muß jedoch auch der Sachverhalt geklärt werden. Hier kann aber auch bei aller Skepsis gegenüber dem Wert der mündlichen

---

1) Vgl. Berger § 271 Anm. 2 (S. 400)

2) § 78 der Entwürfe BT-Drs. II/1716 und III/127 sowie § 87 Drs IV/1446

3) Stenographische Protokolle, 133. Sitzung v. 13.5.1965 S. 19-21, insbesondere die Ausführungen von MinR Ziemer. Aus dem Wort "Beibehaltung" wird man schließen dürfen, daß eine Abschaffung bzw. Einschränkung des Vorbescheids vorgeschlagen wurde.

4) Friedländer, StuW 1958, 725 ff. (739)

Verhandlung ein schriftliches Verfahren in der Regel keinen vollwertigen Ersatz bieten. Abgesehen von Zeugenvernehmungen, die eine mündliche Verhandlung erfordern, kann auch der Richter seiner Frage- und Hinweispflicht, soweit sie sich auf tatsächliche Vorgänge zu erstrecken hat, in einer mündlichen Verhandlung wesentlich besser genügen. Im wohlverstandenen Sinne des Untersuchungsgrundsatzes wird daher in den meisten Fällen eine mündliche Verhandlung am Platze sein[1]. Die gewünschte Entlastungsfunktion des Vorbescheids wird aber dadurch gehemmt, daß das Gericht den Vorbescheid in voller Besetzung erlassen muß, wie sich aus den Worten "das Gericht" ergibt. Wegen der Mitwirkung der ehrenamtlichen Beisitzer kann daher durch Vorbescheid nur an Sitzungstagen entschieden werden. Vor allem muß das Gericht damit rechnen, daß der Kläger nicht nur aus rechtlichen Erwägungen, sondern mit weiterem tatsächlichen Vorbringen eine mündliche Verhandlung beantragt, wenn ihn der Bescheid nicht zufriedenstellt, oder daß das Finanzamt den Antrag auf mündliche Verhandlung stellt, wenn es Anlaß zu der Vermutung hat, der Sachverhalt sei nicht vollständig aufgeklärt. Gerade wegen des weiteren Vorbringens von Tatsachen ist, dem heutigen Umfang der Aufklärungspflicht des Gerichts folgend, der Vorbescheid mit einem Risiko der Mehrbeschäftigung belastet, abgesehen von den Fällen der Unzulässigkeit der Klage[2]. Die neuen Tatsachen werden nicht selten zu einer völlig neuen Begründung führen, so daß die Gründe des Vorbescheids hinfällig werden. Sogar unter den engeren Voraussetzungen nach § 84 VwGO wird ja der Rationalisierungswert des Vorbescheid unterschiedlich beurteilt[3]. Ein weiterer Anwendungsbereich des § 90 Abs. 3 FGO ist für die Finanzgerichte also unpraktikabel.

Aber nicht nur für die Finanzgerichte, sondern auch für den BFH muß die Regelung des § 90 Abs. 3 FGO als verfehlt angesehen werden[4]. Zuzugeben ist, daß im Revisionsverfahren wegen der ausschließlichen Prüfung von Rechtsfragen eine mündliche Verhandlung öfter entbehrlich ist, und auch häufig wirklich verzichtbar ist. Damit ist aber noch nicht gesagt, daß

---

1) Heßdörfer, JJahrb. I (1960) 44 ff. (51)

2) Ebenso Eisenberg BB 1966, 400 ff. (403); Knoll S. 146 Fn 5; Timm DVBl 1958, 812 ff. (814); a.A. Menger, Staatsbürger und Staatsgewalt, Bd. 1, S. 427 ff. (445), der sich für eine Erweiterung der Befugnisse des Gerichts zum Erlaß von "Versuchsurteilen" einsetzt.

3) Vgl. oben I 1a Fn 2 S. 53

4) Selbst bei § 294 Abs. 2 AO war der Wert nicht unbestritten, vgl. Zitzlaff NJW 1953, 921 ff. (922).

der Vorbescheid hier wirklich das adäquate Mittel ist, besonders in komplizierten Fällen[1].

Kritisch zu betrachten ist auch die Ansicht, durch den Vorbescheid werde den Parteien Gelegenheit gegeben, schon vor Erlaß des Urteils die Rechtsansicht des Gerichts in verbindlicher Weise kennenzulernen, weshalb die überkommene Praxis am BFH so beliebt gewesen sei. So angenehm es für die Beteiligten, vor allem aber die Prozeßbevollmächtigten, auch sein mag, erst einmal vor der endgültigen Entscheidung die Rechtsansicht des Gerichts in verbindlicher Weise zu erfahren, um sich dann auf die Gründe einzustellen, sich mit ihnen auseinanderzusetzen und so vielleicht die Möglichkeit zu haben, wertvolle Hinweise für eine grundlegende, dem Kläger günstige Entscheidung zu geben, so wenig darf übersehen werden, daß dieser durchaus begrüßenswerte Zweck ohnehin in einem Revisionsverfahren zu verfolgen ist und sonst verfolgt und verwirklicht wird. Einerseits ist es selbstverständlich, daß das Gericht die Beteiligten nicht mit neuen Rechtsansichten überraschen darf. Andererseits kann und soll auch eine Grundsatzentscheidung, wie jede Entscheidung, durch die Parteien und deren Anwälte so gefördert werden, daß die tatsächlichen und rechtlichen Gesichtspunkte erschöpft sind und eine endgültige Entscheidung getroffen werden kann[2]. Das setzt nun allerseits eine gründliche Vorbereitung voraus, was freilich für eine Revisionsverhandlung ohnehin selbstverständlich ist, zumindest sein sollte. Natürlich bleibt es den Beteiligten unbenommen, ihre Ansicht auch schriftlich zu äußern und auf eine mündlicher Verhandlung zu verzichten.

Der mangelhaften Bekanntmachung der Rechtsansicht des Gerichts kann also durch eine entsprechende Praktizierung auch ohne Vorbescheid abgeholfen werden, im Gegenteil, ein derartiger Mißstand wird durch eine intensive Vorbehaltspraxis geradezu gefördert, ja sogar beabsichtigt. Die Tatsache, daß niemals der Wunsch laut geworden ist, eine ähnliche Regelung vor dem BSG oder BVerwG einzuführen, läßt erkennen, daß die Revisionsverhandlungen dort tatsächlich in der vorgeschlagenen, das rechtliche Gehör nicht verletzenden Weise durchgeführt werden[3].

---

1) Nicht zuzustimmen ist daher Friedländer StuW 1958, 795 ff. (799), der sich damals für eine gegenüber dem Entwurf erweiterte Vorbescheidszulässigkeit aussprach.

2) Ebenso Zitzlaff aaO S. 923

3) Zitzlaff aaO S. 923

Die bisherige Praxis der Anwendung des Vorbescheids als "Versuchsurteil" muß auch der Stellung des BFH als Revisionsgericht zuwiderlaufend angesehen werden. Von einem Revisionsgericht ist zu erwarten, daß es in besonderem Maße auch der Wahrung der Rechtseinheit und Rechtsfortbildung dient[1]. Daher muß verlangt werden, daß es alle seine Entscheidungen sorgfältig und wirklich erschöpfend begründet, jedenfalls so, daß sie möglichen Angriffen standhalten können. Eine derartige Erwartung kann aber der Vorbescheid notwendig nicht für sich beanspruchen, denn seine Endgültigkeit ist von einem Plazet der Parteien abhängig. Der Vorbescheid kann vielmehr nur Anspruch auf Vorläufigkeit erheben, eine Vorläufigkeit, die nur durch die Billigung der Parteien beseitigt werden kann. Die Entscheidung beinhaltet damit zugleich, daß eine anders lautende Entscheidung des Gerichts möglich ist, und enthält folglich den Vorbehalt, daß die Rechtslage noch nicnt erschöpfend erarbeitet ist. Sie kann nicht einmal den Anspruch erheben, die Beteiligten zu überzeugen. Ein nicht angefochtener Vorbescheid des BFH erlangt die Rechtskraft, damit die Verbindlichkeit, nicht durch seine Autorität als Revisionsentscheidung, wie es sein sollte, sondern durch die Billigung der Parteien. Dieser Zustand ist aber der Autorität eines Revisionsgerichts im höchsten Maße abträglich. Ein Revisionsgericht darf nicht gewissermaßen Versuchsballons steigen lassen, die von den Parteien aufgefangen werden müssen. Im Zusammenhang damit, daß die Richter ihren eigenen Vorbescheid nicht gerne ändern, so daß ein sofortiges Urteil zweckmäßiger sei, ist sogar geäußert worden, daß der BFH, ebenso wie ein Gericht in besserer Überzeugung von einer ständigen Rechtsprechung abgeht, häufig "ohne falsche Hemmungen" auch vom eigenen Vorbescheid abgeht[2]. Dabei handelt es sich offenbar um ein tiefes Mißverständnis vom Wesen einer Revisionsentscheidung. Wie soll die Entscheidung über den einzelnen Fall hinausreichen, wie kann sie präjudizielle Wirkung haben? Allein dadurch, daß gegen die Vorentscheidung keine mündliche Verhandlung beantragt wird, kann der Vorbescheid nicht die Autorität eines Revisionsurteils erlangen[3]. Zuzugeben ist zwar,

---

1) Soweit es nicht um das Dominieren bestimmter Zwecke geht, ist das trotz unterschiedlicher Ansichten zum Wesen der Revision unbestritten, vgl. Baur, ZZP 71 (1958) S. 161 ff. (161-164 Fn 1. Beginn S. 161).

2) Friedrich und Fürnrohr StuW 1953, Sp. 433 ff. (440)

3) Abzulehnen daher Zitzlaff aaO S. 922, wonach ein Vorbescheid ergehen kann, wenn er dem Steuerpflichtigen Recht gibt, denn auch das Finanzamt kann mündliche Verhandlung beantragen und hat Einfluß darauf, ob die Entscheidung endgültig ist.

daß wegen der Streitwertrevision dem BFH zur Verwirklichung seiner Funktion als Revisionsgericht Grenzen gesetzt sind. Der hier aufgezeigte, sich § 84 VwGO anpassende Weg ist aber geeignet, sowohl aussichtslose Revisionen fernzuhalten als auch dem häufig beklagten Autoritätsschwund[1] des BFH abzuhelfen. Der Vorbescheid im Sinne von § 90 Abs. 3 FGO ist demnach als sachlich unberechtigte Besonderheit den übrigen Vorschriften anzupassen.

2) Entscheidender Spruchkörper

Die Entscheidung durch Vorbescheid erfolgt nach § 105 SGG durch den Vorsitzenden, nach §§ 84, 4 Abs. 3 VwGO durch die Kammer ohne die ehrenamtlichen Beisitzer, nach § 90 Abs. 3 FGO durch den Senat in voller Besetzung. Die Regelung der FGO erklärt sich daraus, daß hier der Vorbescheid den Charakter eines Versuchsurteils hat, Urteile aber nur vom vollbesetzten Spruchkörper erlassen werden. § 90 Abs. 3 FGO ist daher in sich konsequent. Die Änderung der Voraussetzungen für den Erlaß eines Vorbescheids hätte jedoch auch eine Änderung in der Besetzung nach dem Vorbild der VwGO zur Folge. Die Vorschrift der Besetzung gem. § 105 SGG (Entscheidung durch den Vorsitzenden) resultiert daraus, daß die Laienbeisitzer für den Erlaß eines Vorbescheides unter den engen Voraussetzungen nicht in Frage kommen und somit - wenigstens bei den Sozialgerichten - der Vorsitzende als einziger Richter übrig bleibt. Es bleibt jedoch zu erwägen, ob nicht ganz allgemein der Vorbescheid nur durch einen einzigen Richter erlassen werden sollte, was der Entlastungsfunktion eher gerecht würde[2]. Dieses war übrigens auch in der Regierungsvorlage zur FGO in der 2. Legislaturperiode vorgesehen[3], obwohl die Kammern mit zwei hauptamtlichen und drei ehrenamtlichen Richtern (§ 4 Abs. 3) besetzt sein sollten.

3) Rechtsmittelbelehrung

§ 105 SGG enthält im Gegensatz zu § 84 Abs. 2 VwGO und § 90 Abs. 3 SGG keine ausdrückliche Vorschrift darüber, daß die Beteiligten über das Recht, mündliche Verhandlung zu beantragen zu können, zu belehren sind.

---

1) Abg. Koch, Protokolle des Rechtsausschusses 4. Wahlperiode 132. Sitzung v. 12.5.1965, S. 4, 6. Kruse StuB S. 246

2) Ebenso Knoll, Diss.Erlangen, S. 142

3) BT-Drs. II/1716 § 71 Abs. 2 S. 1

Für § 105 SGG ergibt sich das jedoch aus § 66 Abs. 1 SGG[1], so daß eine inhaltliche Abweichung nicht gegeben ist.

II Verhandlung und Entscheidung beim Ausbleiben von Beteiligten

1) Ausbleiben aller Beteiligten

Eine weitere Ausnahme vom Grundsatz der Mündlichkeit besteht darin, daß das Gericht auch entscheiden darf, wenn die Beteiligten nicht zur mündlichen Verhandlung erschienen sind, sofern sie bei der Ladung darauf hingewiesen worden sind (§102 Abs. 2 VwGO, § 91 Abs. 2 FGO, § 126 SGG)[2]. Das Gericht darf freilich nur dann entscheiden, wenn die Sache spruchreif und der Sachverhalt vollständig geklärt ist, andernfalls muß ein neuer Termin anberaumt werden.

2) Ausbleiben nur eines Beteiligten

Wenn nur ein Beteiligter erschienen ist, kann das Gericht nach § 102 Abs. 2 VwGO und § 91 Abs. 2 FGO unter den bereits genannten Voraussetzungen entscheiden. Hierbei darf es allerdings neue, vom erschienenen Beteiligten vorgetragene Tatsachen nicht berücksichtigen, weil es nur auf Grund solcher Tatsachen entscheiden darf, zu denen sich alle Beteiligten äußern konnten (§ 108 Abs. 2 VwGO, § 96 Abs. 3 FGO). Auch handelt es sich hierbei wegen des Untersuchungsgrundsatzes nicht um ein Versäumnisurteil i.S. von §§ 330, 331 ZPO, sondern gleichfalls um ein Urteil nach Lage der Akten. Demgegenüber kann das Sozialgericht, wenn nur ein Beteiligter erscheint, nur entscheiden, wenn dieser es beantragt, andernfalls muß es die Sache vertagen[3], selbst wenn die Sache entscheidungsreif ist.

Diese Abweichung ist schwer zu rechtfertigen. Zwar wird es sich in der Regel um den Fall handeln, daß der Kläger es nicht für nötig hält,

---

1) Ebenso Mellwitz § 105 Rn 10; Miesbach-Ankenbrank § 105 Anm. 3; Peters-Sautter-Wolff § 105 Anm. 5, Knoll aaO S. 143.

2) Für § 126 SGG ergibt sich dieses unmittelbar aus dem Wortlaut, bei § 102 Abs. 2 VwGO und § 91 Abs. 2 FGO ist das Wortlaut zu schließen, vgl. amtl. Begr. zu § 103 EVwGO, BT-Drs. III/55; Ebenso die h. L., Eyermann-Fröhler § 102 Rn 5; Redeker v. Oertzen § 102 Rn 8; Ziemer-Birkholz § 91 Rn 11, 12.

3) Peters-Sautter-Wolff § 126 Anm. 2

zum Termin zu erscheinen, und die beklagte Behörde wird bei Entscheidungsreife sinnvollerweise den Antrag auf Entscheidung auch stellen. Immerhin ist nicht einzusehen, warum trotz Entscheidungsreife das Recht des Gerichts zur Entscheidung von einem Antrag der erschienenen Partei abhängt. Um zu vermeiden, daß die Sache in einem Fall, wo der Antrag nicht gestellt wird, trotz Entscheidungsreife vertagt werden muß - eine gewiß formalistische Regelung - wird vorgeschlagen, den Erschienenen so zu behandeln, als sei er gar nicht erschienen[1]. Damit läge die gleiche Rechtslage wir nach § 102 Abs. 2 VwGO und § 91 Abs. 2 FGO vor.

Der Entwurf enthielt dieses Antragserfordernis ursprünglich nicht, es beruht vielmehr auf den Änderungsvorschlägen des Bundesrats[2]. Als Begründung wurde angegeben, der Antrag sei nur zur Klarstellung erforderlich. Damit ist freilich nichts klargestellt worden, sondern die klare Rechtslage, daß ein Antrag nicht erforderlich war, geändert worden.

Für eine abweichende Regelung des § 126 SGG besteht daher kein akzeptabler Anlaß, so daß diese Vorschrift § 102 Abs. 2 VwGO und § 91 Abs. 2 FGO anzupassen ist[3]. Hinzuweisen ist noch darauf, daß es der Vorschrift des § 126 SGG dann gar nicht bedarf, weil § 110 Abs. 2 SGG, entsprechend § 102 Abs. 2 VwGO, § 91 Abs. 2 FGO der neuen Regelung angepaßt werden müßte, schon jetzt aber das Belehrungserfordernis enthält.

III Entscheidung bei Entfernung eines Beteiligten aus dem Gerichtssaal aus sitzungspolizeilichen Gründen

Wenn ein Beteiligter aus sitzungspolizeilichen Gründen (§ 177 GVG) aus dem Gerichtssall gewiesen wird, bestimmt § 115 SGG, daß in gleicher Weise zu verfahren ist, wie wenn er sich freiwillig entfernt hätte. Eine entsprechende Bestimmung ist weder in der VwGO noch in der FGO ausdrücklich enthalten. Die gleiche Rechtsfolge ist jedoch in § 158 ZPO ausgesprochen, der über § 173 VwGO und § 155 FGO anzuwenden ist, und auch über § 202 SGG anwendbar wäre[4], freilich mit der Besonderheit, daß

---

1) Rohwer-Kahlmann § 126 Rn 4

2) § 74 SGO BT-Drs. I/4357 und Anlage 2

3) Im Ergebnis ebenso Erich Knoll, aaO S. 60, 61

4) Baumbach-Lauterbach § 158 Anm. 4; Peters-Sautter-Wolff § 115 Anm. 1 a

wegen der Geltung des Untersuchungsgrundsatzes kein Versäumnisurteil erlassen werden darf. Eine inhaltliche Abweichung ist also nicht gegeben, so daß hier eine gesetzestechnische Angleichung zu erfolgen hat.

§ 12 Konzentrationsmaxime, Vorbereitung der Verhandlung

In allen drei Verfahren soll der Rechtsstreit möglichst in einem einzigen Verhandlungstermin erledigt werden. Die hierzu erforderlichen Vorbereitungsmaßnahmen sind in § 87 VwGO und § 79 FGO sowie unter Verweisung auf § 272 b ZPO, der ausführlichen Aufzählung der einzelnen Vorbereitungsmaßnahmen, geregelt. Die entsprechende Vorschrift § 106 Abs. 2 u. 3 SGG enthält eine derartige Verweisung nicht, sondern nimmt selbst eine Aufzählung vor, freilich in enger Anlehnung an § 272 b ZPO. Ein Vergleich der Vorschriften ergibt einige Abweichungen, wobei jedoch zu bemerken ist, daß die Kataloge sowohl nach § 272 b ZPO als auch nach § 106 Abs. 3 SGG nicht erschöpfend sind ("insbesondere"), der mit den Vorbereitungen betraute Richter aber alle ihm notwendig erscheinenden Maßnahmen durchführen muß, so daß eine wechselseitige Ergänzung der Vorschriften sich geradezu aufdrängt. So enthält § 106 Abs. 3 Nr. 2 SGG eine Aufzählung der beizuziehenden Krankenpapiere. Dieser Vorschrift kommt eine eigene Bedeutung freilich nicht zu, da es sich hierbei lediglich um ohnehin selbständige und nach Nr. 1 zulässige Maßnahmen handelt[1]. Im einzelnen ist folgendes zu bemerken:

I Vergleichsabschluß

1) Im SGG

§ 87 VwGO enthält als einzige Vorschrift ausdrücklich die Möglichkeit eines Vergleichsabschlusses im vorbereitenden Verfahren. Für das SGG kann das jedoch keine Abweichung inhaltlicher Art bedeuten, denn einerseits ist in § 101 SGG die Möglichkeit eines Vergleichsabschlusses ausdrücklich genannt, und zwar auch für den beauftragten oder ersuchten

1) Peters-Sautter-Wolff § 106 Anm. 4 b

Richter. Deshalb muß der Vergleich auch im vorbereitenden Verfahren zulässig sein, wie sich ja auch daraus ergibt, daß durch den Vergleich gerade die Inanspruchnahme gerichtlicher Streitentscheidung verhindert werden soll.

2) Nach der FGO

Das Fehlen einer entsprechenden Vorschrift in der FGO erklärt sich daraus, daß hier der Vergleich überhaupt nicht geregelt ist. Der Grund liegt darin, daß der gerichtliche Vergleich eine Dispositionsbefugnis beider Beteiligten über den materiellen Anspruch voraussetzt, eine solche aber im Steuerrecht angesichts der strengen Geltung des Legalitätsprinzips nicht gegeben ist. Ebenso wie in der VwGO ein Vergleich unzulässig ist, wenn die Parteien nicht über das materielle Recht verfügen können, sollte er in der FGO dort zulässig sein, wo das Legalitätsprinzip nicht gilt[1]. Einer Aufnahme des entsprechenden § 106 VwGO in die FGO stehen daher keine prinzipiellen Erwägungen entgegen. Eine größere praktische Bedeutung wird der Vergleich in der FGO freilich nicht erlangen. Immerhin ist daher auch eine Angleichung des § 79 FGO an § 87 VwGO möglich, womit die völlige Identität dieser beiden §§ hergestellt wäre. Im übrigen einigen sich im Steuerrecht die Partner häufig durch gegenseitiges Nachgeben, was zwar keinen rechtlichen wohl aber faktischen Bestand hat, und von großer praktischer Bedeutung ist.

II Vorbereitender Richter

§ 106 II SGG weicht von den beiden anderen Vorschriften insofern ab, als nur der Vorsitzende, nicht aber auch ein von ihm zu bestimmender Richter, die Maßnahmen zu treffen hat. Dies beruht darauf, daß bei den Sozialgerichten in erster Instanz nur der Vorsitzende Berufsrichter ist und nur er für die Vorbereitungen in Betracht kommt. Soweit jedoch das BSG im ersten Rechtszug tätig wird, trifft dieser Gesichtspunkt nicht zu. In Übereinstimmung mit den §§ 155, 165 SGG, wonach im Rechtsmittelverfahren der Vorsitzende diese Aufgaben einem anderen Berufs-

1) Ebenso de With S. 54

richter des Senats übertragen kann, sollte daher eine Möglichkeit geschaffen werden, daß der Berichterstatter die Vorbereitungen auch dann selbst führen kann, wenn das BSG im ersten Rechtszug tätig wird. Insoweit handelt es sich daher um eine sachlich nicht gerechtfertigte inhaltliche Abweichung.

III Ladung von Zeugen und Sachverständigen nach § 106 SGG

In § 106 Abs. 3 SGG fehlt im Gegensatz zu § 272 b Abs. 2 Nr. 4 u. 5. ZPO die Ladung von Zeugen und Sachverständigen. Hieraus ist abgeleitet worden, dieses sei in der Sozialgerichtsbarkeit im vorbereitenden Verfahren verwehrt[1]. Richtig ist zwar, daß sich der Gesetzgeber des SGG an § 272 b ZPO ausgerichtet hat und eine entsprechende Vorschrift hätte aufnehmen können. Zu berücksichtigen ist aber, daß § 106 Abs. 3 SGG nur ein unvollständiger Katalog ist und die Ladung von Sachverständigen und Zeugen zur mündlichen Verhandlung geradezu eine klassische Maßnahme der Konzentration durch die Vorbereitungen des Vorsitzenden darstellt. Einer gesonderten Ermächtigung hierzu bedurfte es nicht, weil die Rechte der Beteiligten in keiner Weise beschnitten werden und auch sonstige Grundsätze des Prozeßrechts nicht tangiert werden. Andernfalls müßte der Vorsitzende, wenn er Zeugen und Sachverständige laden will, erst einen Termin zur mündlichen Verhandlung anberaumen, wo dann ein entsprechender Beweisbeschluß zu ergehen hätte. Im übrigen gestattet § 111 Abs. 1 SGG, der ebenfalls ein Ausdruck der Konzentrationsmaxime ist, und daher auch im vorbereitenden Verfahren gilt, ausdrücklich die Ladung von Zeugen und Sachverständigen. Die Ladung von Zeugen und Sachverständigen nach § 106 Abs. 2, 3 SGG ist also zulässig[2], so daß nur eine Abweichung im Gesetzeswortlaut zu verzeichnen ist.

IV Allgemeine Auskunftspflicht nach § 106 Abs. 3 Nr. 2 u. 3 SGG?

Die Herbeischaffung von Beweismaterial ist in § 106 Abs. 3 Nr. 1-3 SGG gesetzlich unterschiedlich formuliert. Der Vorsitzende "kann" nach Nr. 1 um Mitteilung von Urkunden "ersuchen", nach Nr. 2 kann er Urkunden und

---

1) Köhler, Soz.Vers. 1954, 309 ff. (310)

2) Ebenso Peters-Sautter-Wolff § 106 Anm. 4 b; Rohwer-Kahlmann § 106 Rn 3 m.w.N.

Papiere medizinischen Inhalts "beiziehen" und nach Nr. 3 kann er Auskünfte jeder Art "einholen". Peters-Sautter-Wolff[1] schließen hieraus, daß nach Nr. 2 und 3 für den Adressaten eine entsprechende Pflicht bestehe, während die Mitteilung von Urkunden nach Nr. 1 dem Ersuchten freistehe. Nach § 100 VwGO und § 78 FGO bestehen derartige Pflichten nur für Behörden, wie auch sonst im Sozialgerichtsprozeß (§ 120 SGG). Dieser Wortinterpretation kann aber nicht gefolgt werden, denn § 106 Abs. 3 SGG stellt lediglich auf die Tätigkeit des Vorsitzenden ab und will keine neuen zusätzlichen Pflichten begründen. Da Vorlage- und Auskunftspflichten allgemein nur für Behörden bestehen, können diese Pflichten im vorbereitenden Verfahren nicht weitergehen. Aus den genannten unterschiedlichen Formulierungen werden also keine zusätzlichen Pflichten auf Seiten der Beweisinhaber begründet[2], so daß eine Abweichung in den beiden anderen Verfahren nicht besteht.

V Einholung schriftlicher Zeugenaussagen

Nach § 272 b Abs. 2 Nr. 4 ZPO kann der Vorsitzenden Auskünfte von Personen, die als Zeugen in Betracht kommen, nur im Rahmen des § 377 Abs. 3 u. 4 ZPO einholen, also nur dann, wenn es sich um Erklärungen aus schriftlichen Aufzeichnungen handelt oder um Erklärungen, deren schriftliche Beantwortung mit Einverständnis der Parteien für ausreichend erachtet wird. Nach § 106 Abs. 3 Nr. 3 SGG kann jedoch der Vorsitzende "Auskünfte jeder Art" einholen. Daraus schließt das BSG[3], daß bei der Einholung schriftlicher Auskünfte die in § 377 Abs. 3 und 4 ZPO genannten Voraussetzungen nicht zu beachten sind, also keine Einschränkungen bestehen. Zur Begründung wird ausgeführt, daß in § 106 Abs. 4 § 117 SGG nicht genannt ist, das heißt, daß für die Beweisaufnahme im vorbereitenden Verfahren nicht der sonst übliche Grundsatz der Unmittelbarkeit bestehen soll. Die Nichtnennung von § 117 SGG solle es ermöglichen, "in geeigneten Fällen" auch außerhalb der mündlichen Verhandlung Aussagen von Auskunftspersonen einzuholen[4].

---

1) § 106 Anm. 4 b, c

2) Brackmann I S. 244 a I; Hofmann-Schroeter § 106 Anm. 5; Rohwer-Kahlmann § 106 Rn 6, 10; Malchow BB 1954, 348

3) BSG 4, 60 (v. 25.10.1956), zustimmend Miesbach-Ankenbrank § 106 Anm. 4, Hofmann SGb 1954, 180 ff. (182)

4) S. 62

Inkonsequent wird diese Auffassung freilich dadurch, daß § 377 Abs. 3 ZPO insoweit wieder eingreifen soll, als eine über die dort enthaltenen Voraussetzungen hinausgehende schriftliche Zeugenaussage nur verwertbar sei, wenn eine eidesstattliche Versicherung der Richtigkeit der Aussage beigegeben ist. Schließlich ist nach der Auffassung des BSG eine schriftliche Aussage ohnehin nur unter "bestimmten Umständen des Einzelfalls" und nur dann zulässig, wenn sie "ein geeignetes Mittel zur Sachaufklärung" darstellt. Dazu gehören die in § 377 Abs. 3 und 4 ZPO genannten Fälle. Mit einer großzügigen Auslegung dieser Absätze käme man gewiß zu den wünschenswerten Ergebnissen.

Zu beachten ist aber auch das Verhältnis von § 106 Abs. 4 SGG zu § 117 SGG, welches nicht ohne weiteres offenliegt. § 117 SGG statuiert den fundamentalen Grundsatz des deutschen Prozeßrechts der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme in der mündlichen Verhandlung, weist aber zugleich auf Ausnahmen hin, ohne aber solche formal zu begründen. § 106 Abs. 3 SGG enthält ausdrücklich einige solche Ausnahmen, so z. B. die Einnahme eines Augenscheins, die Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen durch den ersuchten Richter. Für diese Fälle kommt in § 106 Abs. 3 SGG, der auf die allgemeinen Regeln über die Beweisaufnahme verweist, eine Verweisung auf § 117 SGG nicht in Betracht. § 116 Abs. 4 sagt aber mit seinen Verweisungen nicht, welche Maßnahmen als Beweisaufnahmen nicht dem Grundsatz der Unmittelbarkeit unterliegen, sondern nur, daß die in Abs. 3 genannten vorbereitenden Maßnahmen, soweit sie materiell Beweisaufnahme sind, wie in der mündlichen Verhandlung zu erfolgen haben. Dem ist zu entnehmen, daß die vorbereitenden Maßnahmen nicht anders als in der mündlichen Verhandlung erfolgen sollen. Insbesondere aber gibt die Nichtnennung von § 117 SGG in § 106 Abs. 4 SGG keine Ermächtigung für weitere Durchbrechungen des Grundsatzes der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme, sondern setzt diese Durchbrechungen, wie sie in Abs. 3 genannt sind, voraus. Der Vorsitzende darf also im vorbereitenden Verfahren Beweise nur insoweit erheben, als gesetzliche Ermächtigungen dazu schon vorhanden sind. Eine Durchbrechung des Grundsatzes der Unmittelbarkeit für Zeugenvernehmungen in schriftlicher Form über § 377 Abs. 3 und 4 ZPO hinaus läßt sich aus dem Wort "Auskünfte jeder Art" in § 106 Abs. 3 Nr. 3 aber nicht entnehmen. Der Vorsitzende darf daher über diese Voraussetzungen hinaus schriftliche Auskünfte nur

insoweit einholen, als dadurch eine Beweisaufnahme nicht vorweg genommen wird[1]. Das ergibt sich auch daraus, daß § 106 Abs. 3 Nr. 3 nur für das vorbereitende Verfahren gilt ("zu diesem Zwecke"). Nach Eröffnung der mündlichen Verhandlung gelten dann die allgemeinen Vorschriften, also auch § 377 ZPO (vgl. § 118 SGG, wo § 377 ZPO nicht gestrichen ist). Von diesem Standpunkt aus ist es aber unbegreiflich, warum die Ausnahmen vom Grundsatz der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme im vorbereitenden Verfahren weiter gesteckt sind als in der Verhandlung selbst. Andernfalls könnte das vorbereitende Verfahren auch dazu mißbraucht werden, schriftliche Zeugenaussagen einzuholen, die in der Verhandlung nur mündlich erfolgen können. Eine richtige Auslegung des § 106 Abs. 3 SGG führt daher zu keiner inhaltlichen Abweichung. Gerade angesichts der weithin herrschenden Unsicherheit ist jedoch eine gesetzliche Anpassung dringend zu wünschen.

VI Kommissarische Vernehmung von Zeugen

Über die in § 272 b Abs. 2 ZPO für zulässig erklärten Fälle der antizipierten Beweisaufnahme hinaus ist nach § 106 Abs. 3 Nr. 4 SGG auch die Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen durch einen beauftragten Richter unter den gleichen Voraussetzungen wie in der mündlichen Verhandlung (§§ 106 Abs. 4, 118 Abs. 1 SGG, §§ 375, 402 ZPO) zulässig. Im Zusammenhang der allgemeinen Vorbereitungshandlungen ist das nach der VwGO und der FGO unzulässig. Freilich sind im Rahmen eines Beweissicherungsverfahrens auch antizipierte Zeugen- und Sachverständigenvernehmungen durch einen ersuchten Richter zulässig, was auch ohne § 106 für das SGG gelten würde (vgl. § 76 Abs. 3 SGG, § 98 VwGO, § 82 FGO, § 492 ZPO), jedoch scheint ein Unterschied darin zu bestehen, daß § 106 SGG keine dem Beweissicherungsverfahren entsprechenden Voraussetzungen enthält. Jedoch besagt die Statuierung des Grundsatzes der Unmittelbarkeit und Mündlichkeit der Beweisaufnahme in § 117 SGG, daß eine Beweisaufnahme außerhalb der mündlichen Verhandlung einen eigenen Beweistermin "erfordert". Die Erforderlichkeit eines besonderen Beweistermins ist dabei nicht nur formal zu

1) Im Ergebnis auch Brocke SGb 1955, 138

verstehen im Hinblick auf die Beweistermine, die notwendig nicht in der mündlichen Verhandlung stattfinden können wie z. B. eine Ortsbesichtigung, sondern hat materiell eine limitative Funktion, das heißt, ein formell besonderer Beweistermin darf nur stattfinden, wenn sich das nicht oder nur unter verhältnismäßig großem Aufwand vermeiden läßt, Fälle, die in der ZPO durch enumerativ aufgezählte Zulässigkeitsvoraussetzungen erfaßt sind (vgl. § 272 b, § 375, § 377 Abs. 3). § 106 Abs. 3 Nr. 4 SGG steht damit unter dem Vorbehalt materieller Erforderlichkeit, wobei im vorbereitenden Verfahren praktisch nur Gesichtspunkte der Beweissicherung in Frage kommen, weil der Beweisaufnahme im eigentlichen Verfahren nicht vorgegriffen werden soll[1]. § 106 Abs. 3 Nr. 4 SGG stellt also gegenüber dem Beweissicherungsverfahren keinen zusätzlichen Grund zur antizipierten Beweisaufnahme dar[2], so daß eine inhaltliche Abweichung[3] gegenüber der VwGO und der FGO nicht festzustellen ist[4]. Eine Abweichung liegt auch nicht etwa darin, daß im Beweissicherungsverfahren das Gericht nur auf Antrag tätig wird. Stellt sich nämlich im vorbereitenden Verfahren, also nach Klageerhebung, die Notwendigkeit der Sicherung von Beweisen heraus, so ist das Gericht Kraft des Untersuchungsgrundsatzes auch von Amtswegen berechtigt bzw. verpflichtet, die betreffenden Beweise zu sichern[5].

VII Zeitpunkt der Ladung

Eine dem § 272 b Abs. 3 ZPO entsprechende und im verwaltungs- und finanzgerichtlichen Verfahren für anwendbar erklärte Bestimmung mit dem Inhalt, daß Zeugen und Sachverständige nur dann geladen werden

---

1) Peters-Sautter-Wolff § 106 Anm. 4 d m.w.N.; Brackmann S. 244 ff.; Bischoff KV 1963, 23 (25) "Das Gericht wird von der Möglichkeit des § 375 ZPO nur wenig Gebrauch machen".

2) Das bedeutet selbstverständlich auch, daß das Gericht, wenn die Voraussetzungen des § 76 SGG nicht vorliegen, auch selbst nicht zur Zeugenvernehmung befugt ist, so auch LSG BaWü, Breithaupt, 1959 S. 347 (v. 25.9.1959) m.w.N.; a.A. Miesbach-Ankenbrank § 106 Anm. 5.

3) Das LSG Berlin aaO hält eine antizipierte Beweisaufnahme im Rahmen des § 375 ZPO für zulässig (S. 349).

4) Beweisbeschlüsse trifft nach dem SGG allerdings nur der Vorsitzende, da allerin er als Berufsrichter dafür in Betracht kommt, ebenso Peters-Sautter-Wolff § 106 Anm. 4 d.

5) Vgl. S. ff.

sollen und eine Augenscheinseinnahme nur dann angeordnet und durchführt werden soll, wenn der Beklagte dem Klageantrag bereits widersprochen hat[1], ist im SGG nicht enthalten. Im sozialgerichtlichen Verfahren gilt jedoch ebenfalls der in § 272 b Abs. 3 ZPO zum Ausdruck kommende Grundsatz, daß das Gericht keine voreiligen Beweisaufnahmen in die Wege leiten soll. Praktisch wird daher auch der Vorsitzende des Sozialgerichts die genannten Maßnahmen, die schon ein erhebliches Gewicht haben und mit Kosten verbunden sind, erst dann anordnen, wenn sich der Schluß aufdrängt, daß der Sachverhalt mit einiger Sicherheit in diesen Punkten aufklärungsbedürftig ist. Das wiederum wird aber erst dann der Fall sein, wenn die beklagte Behörde in einem vorbereitenden Schriftsatz dem Klageantrag widersprochen hat. Im übrigen läßt der Charakter des § 272 b Abs. 3 als Sollvorschrift eine derartige Maßnahme auch schon vor dem Widersprechen des Beklagten zu. Diese Gesichtspunkte können und müssen ihren Ausdruck in einem einheitlichen Gesetzestext finden[2].

VIII Mitteilung der Anordnung

Abweichend von den für die VwGO und die FGO einschlägigen Vorschriften werden im sozialgerichtlichen Verfahren auch die Grundsätze des rechtlichen Gehörs und der Parteiöffentlichkeit berücksichtigt. § 272 b Abs. 4 ZPO schreibt vor, daß die Parteien von jeder Anordnung zu benachrichtigen sind, nach § 116 SGG gilt das nur, soweit es sich um Beweisaufnahmetermine handelt[3], und nach § 111 Abs. 2 SGG für die Ladung von Zeugen und Sachverständigen. Ferner ist nach § 107 SGG den Beteiligten die Durchführung und das Ergebnis der Beweisaufnahme abschriftlich oder inhaltlich mitzuteilen. Damit sind auch die nicht unter § 111 Abs. 2 und § 116 SGG fallenden Fälle der Beiziehung von Augenscheinsobjekten, Auskünften und Sachverständigengutachten erfaßt. Hinsichtlich der Mitteilung von Anordnungen im vorbereitenden Verfahren besteht daher keine unterschiedliche Rechtslage.

---

1) Eyermann-Fröhler § 87 Rn 2; Ule § 87 Anm. I; Ziemer-Birkholz § 79 Rn 8

2) Ebenso Naumann, SGb 1960, 129 ff. (132)

3) Hier erfolgt sogar eine Ladung, in Übereinstimmung mit § 97 VwGO, § 83 FGO.

§ 107 SGG geht jedoch insofern über § 272 b Abs. 4 ZPO hinaus, als hiernach auch das Ergebnis der Beweisaufnahme den Beteiligten bekanntzugeben ist, während sonst sich die Beteiligten Kenntnis vom Inhalt einer Urkunde, eines Gutachtens oder einer Zeugenvernehmung, bei denen sie nicht anwesend waren, nur durch Einsichtnahme in die Akten verschaffen können. § 107 SGG stellt damit sicher, daß die Beteiligten auch dann Kenntnis vom Inhalt eines Beweises erlangen, wenn sie sich darum nicht kümmern, und trägt damit der häufig ungewöhnlich großen Gleichgültigkeit der Kläger vor den Sozialgerichten Rechnung[1]. Ob dieses als Rechtfertigung ausreicht, erscheint fraglich, denn der Grundsatz des rechtlichen Gehörs stellt auf die Aktivität des Klägers ab, hier wird dem Kläger aber etwas "aufgedrängt". Praktisch stellt § 107 SGG die Initiative zur Wahrnehmung des rechtlichen Gehörs in die Hand des Gerichts, eigentlich sollten das aber die Beteiligten selbst tun. Das aber heißt, der Passivität des Klägers auch nocht Vorschub zu leisten, denn es kann von ihm, da er vom Staat etwas fordert, durchaus verlangt werden, daß er seine eigenen Rechte auch wirklich wahrnimmt; tut er es nicht, muß er mit einem ungünstigen Urteil rechnen. Diese Bewertung wird noch gestützt durch die Handhabung in der Praxis, die diesen Unterschied weitgehend nivelliert. Auch bei den Verwaltungs- und Finanzgerichten werden auf Antrag Abschriften angefertigt (§ 100 Abs. 2 VwGO, § 78 FGO, § 120 Abs. 2 SGG), andererseits wird bei den Sozialgerichten zunächst die Beiziehung der Behördenakten bekanntgegeben und ihre Einsichtnahme anheimgestellt[2]. Ferner erübrigt sich eine Mitteilung, wo ein mündlicher Vortrag des Berichterstatters bzw. Vorsitzenden ein klares Bild verschaffen kann[3], sowie in den Fällen, wo die Beteiligten sich durch Anwesenheit bei der Beweisaufnahme oder Besichtigung des Augenscheinsobjekts eine eigene Vorstellung machen[4]. Das alles macht deutlich, daß § 107 SGG durchaus an § 272 b Abs. 4 ZPO angeglichen werden kann.

---

1) § 107 SGG stellt eine Übernahme des § 1653 RVO dar.

2) S. Peters-Sautter-Wolff § 107 Anm. 3.

3) BSG 4, 60 (64) v. 25.10.1956

4) Mellwitz § 107 Rn 3; Peters-Sautter-Wolff § 107 Anm. 3; a.A. Rohwer-Kahlmann § 107 Rn 2, jedoch ohne nähere Begründung.

§ 13 Die Übersendung der Klage an den Beklagten

I Übersendende Stelle

Die Zustellung der Klage an den Beklagten (bez. sonstige Beteiligte, § 104 SGG[1]) richtet sich nach § 85 VwGO, § 71 FGO, § 104 SGG, hat aber im Gegensatz zum Zivilprozeß (§§ 253, 263 ZPO) keine Bedeutung für die Rechtshängigkeit der Klage, da die Rechtshängigkeit im Verwaltungsprozeß bereits durch Anbringung der Klage bei Gericht eintritt.

Übereinstimmend geschieht die Zustellung der Klage im Amtsbetrieb. Während jedoch nach § 85 VwGO und § 104 SGG direkt der Vorsitzende zur Vornahme dieser Verfügung angesprochen ist, heißt es in § 91 Abs. 1 FGO lediglich, daß die Klage "von Amts wegen" zuzustellen ist, mithin kann die Zustellung auch selbständig von der Geschäftsstelle erledigt werden[2]. Der praktische Unterschied ist jedoch nur geringfügig, denn angesichts dessen, daß der Vorsitzende die Klage doch zunächst durchsehen muß und regelmäßig auch eine Frist setzen wird bei der Aufforderung zur Gegenäußerung, diese Frist aber nur vom Richter gesetzt werden kann[3], ist für eine eigene Initiative der Geschäftsstelle nur wenig Raum. Jedenfalls ist ein derartiger Unterschied nicht zu rechtfertigen, denn bei der Zustellung von Amts wegen handelt es sich um eine gerichtliche Maßnahme rein technischer Art, die zwar irgendwie geregelt werden muß, deren Ausgestaltung aber unabhängig von Besonderheiten einzelner Rechtsgebiete ist.

II Form der Übersendung

Die Übersendung der Klage hat nach § 85 VwGO und § 71 Abs. 1 FGO in der Form der Zustellung zu erfolgen, während nach § 104 SGG die Art

---

1) Daß auch die übrigen Beteiligten, also vor allem die Beigeladenen, eine Abschrift der Klage erhalten, ergibt sich aus anderen Vorschriften, (vgl. § 81 Abs. 2 VwGO, § 64 Abs. 2 FGO, § 93 SGG "Abschriften für die (übrigen) Beteiligten) und brauchte bei den Übersendungsvorschriften nicht gesondert erwähnt werden, so daß § 104 SGG lediglich eine terminologische Abweichung enthält.

2) Hübschmann-Hepp-Spitaler § 71 FGO Rn 2

3) Hübschmann aaO, Mellwitz § 104 Rn 2, Rohwer-Kahlmann § 104 Rn 1

und Weise der Übersendung dem Vorsitzenden freigestellt ist. Teilweise wird jedoch vertreten, daß dann, wenn der Vorsitzende Frist zur Gegenäußerung setzt, was er nach dem Wortlaut aller drei Vorschriften zu tun befugt[1] ist und was wohl in der überwiegenden Zahl der Fälle angebracht sein dürfte, die Klage gemäß § 63 Abs. 1 SGG förmlich zuzustellen ist[2]. Das würde bedeuten, daß der Vorsitzende ebenso wie nach § 85 VwGO und § 71 Abs. 1 FGO, auch im sozialgerichtlichen Verfahren in der Regel zustellen müßte.

Da jedoch die Aufforderung zur Gegenäußerung lediglich den Beklagten veranlassen soll, daß er sich schon vor der mündlichen Verhandlung verteidigt und von seinem Recht auf rechtliches Gehör Gebrauch macht und die Verletzung der vom Vorsitzenden gestellten Frist dieses Recht in keiner Weise mindert und keine Folgen nach sich zieht, erlaubt es die ratio des § 63 Abs. 1 SGG durchaus, von einer förmlichen Zustellung abzusehen[3]. Auch die Frage der Art und Weise der Übersendung der Klage ist rein technischer Natur und wird Unterschieden des materiellen Rechts nicht berührt. Eine Abweichung ist daher unberechtigt.

III Aufforderung zur Gegenäußerung

1) Hinweis auf die Folgen unterbliebener Gegenäußerung

Eine weitere inhaltliche Besonderheit trifft § 104 SGG, indem die Aufforderung zur Gegenäußerung den Hinweis enthalten muß, daß auch dann, wenn keine Gegenäußerung ergeht, verhandelt und entschieden werden kann. Das Unterbleiben dieses Hinweises bedeutet nach der h.L. einen wesentlichen Mangel des Verfahrens[4].

Die Rechtfertigung dieser Besonderheit kann nur von ihrem Sinn und Zweck her erfolgen. Der erwähnte Hinweis soll offensichtlich dem Be-

---

1) Da das "Können" dem Richter die Ermächtigung zur Fristsetzung gibt, von der aus Gründen der Konzentration des Prozesses in allen Fällen ein Gebrauchmachen zweckmäßig ist, kann es auch durchaus als ein "Müssen" verstanden werden.

2) Brackmann S. 244 g; Peters-Sautter-Wolff § 104 Anm. 3, Rohwer-Kahlmann § 104 Rn 2

3) Hofmann-Schroeter § 104 Anm. 2; Mellwitz § 104 Rn 2

4) Mellwitz § 104 Rn 5; Miesbach-Ankenbrank § 104 Anm. 4

klagten vor Augen führen, daß Anregungen, die von seiner Seite gegeben werden könnten, möglicherweise unberücksichtigt bleiben. Der Beklagte wird in verstärktem Maße aufgerufen, von der Möglichkeit rechtlichen Gehörs auch wirklich Gebrauch zu machen[1], die Mitwirkung des Beklagten am Prozeß soll aktiviert werden.

Die Notwendigkeit zu diesem Hinweis, sollte sie wirklich bestehen, besteht hiernach aber in allen drei Verfahren. Ferner tritt auf der Beklagtenseite übereinstimmend in der Regel eine Behörde auf, und diese wird fast immer von rechtlich geschulten Beamten vertreten, so daß ohnehin eine Gegenäußerung abgegeben wird und auch bekannt ist, daß ohne Gegenäußerung verhandelt und entschieden werden kann. Es handelt sich daher um eine überflüssige, jedenfalls sachlich nicht notwendige Besonderheit des sozialgerichtlichen Verfahrens.

2) Dauer der Frist zur Klageerwiderung

Falls die Aufforderung zur Gegenäußerung unter Fristsetzung geschieht, enthält nur § 104 SGG eine ausdrückliche Bestimmung über die Dauer, nämlich 1 Monat. Bei der Fristsetzung handelt es sich jedoch übereinstimmend nur um eine Kannvorschrift. Zudem zieht die Versäumung der Frist keinerlei Sanktionen nach sich. Die Bedeutung des § 104 SGG beschränkt sich daher insoweit auf die Aufstellung einer gewissen Richtlinie. Ob das nötig ist, kann jedoch in allen drei Verfahren nur gleich beurteilt werden, es handelt sich um eine Vorschrift rein technischen Inhalts, und sie richtet sich an das Gericht, das bei der Fristbestimmung den Geschäftsanfall der einzelnen Verwaltungsbehörden berücksichtigen wird.

---

1) Die Ansicht, daß das rechtliche Gehör nicht ausreichend gewährt ist, wenn trotz fehlenden Hinweises entschieden wird, geht daher zu weit, vgl. Brackmann S. 244 s; Rohwer-Kahlmann § 104 Rn 3.

§ 14 Das Einreichen vorbereitender Schriftsätze

I Einzelne Wortvergleiche

1) Zum Zwecke der Konzentration und der Beschleunigung des Verfahrens und der Erleichterung des Geschäftsverkehrs sind die Beteiligten zur Einreichung von Schriftsätzen aufgerufen. Nach § 86 Abs. 4 VwGO und § 77 Abs. 1 FGO "sollen" sie das tun, nach § 108 SGG "können" sie es. Ausgehend vom gemeinsamen Zweck dieser Vorschriften, vom gemeinsamen Ursprung aus der allgemeinen Mitwirkungspflicht und dem allgemeinen Fehlen von prozessualen Sanktionen ist hier lediglich eine terminologische, nicht aber eine sachliche Abweichung anzunehmen[1].

2) § 86 Abs. 4 S. 2 VwGO und § 77 Abs. 1 S. 2 FGO bestimmen ausdrücklich, daß der Vorsitzende die Beteiligten zum Einreichen von Schriftsätzen unter Fristsetzung auffordern kann, was in § 108 SGG fehlt. Das Recht des Gerichts, zum Einreichen von Schriftsätzen aufzufordern, ist aber selbstverständlich und ergibt sich aus dem allgemeinen richterlichen Fragerecht (§§ 106 Abs. 1, 104 SGG). Diese abweichende Gesetzesfassung enthält demnach keine inhaltliche Besonderheit.

3) Die Beifügung von Abschriften für die Beteiligten ist nur in § 77 Abs. 1 S. 3 FGO ausdrücklich genannt, systematisch an anderer Stelle findet sich diese Bestimmung in § 81 Abs. 2 VwGO und § 93 SGG.

4) Urkunden, auf die in Schriftsätzen Bezug genommen wird, sind nach den identischen § 86 Abs. 5 VwGO und § 77 Abs. 2 FGO urschriftlich oder in Abschrift den Schriftsätzen beizufügen. Systematisch und im Wortlaut abweichend ist die Vorschrift in § 95 SGG enthalten.

5) In § 93 SGG werden zwar "Urkunden", die beizufügen sind, nicht ausdrücklich erwähnt, sie fallen aber unter den Begriff "Unterlagen". Ferner sind die Abschriften nach § 93 SGG nur "nach Möglichkeit", sonst aber ohne Einschränkung beizufügen. Einen inhaltlichen Unterschied bedeutet das jedoch nicht, da die Kosten für die Anfertigung der Ab-

---

1) Ebenso Hofmann-Schroeter § 108, Rohwer-Kahlmann § 108 Rn 1; anders offenbar Peters-Sautter-Wolff § 108 Anm. 1

schriften durch das Gericht nach allen Gesetzen dem Kläger auferlegt werden können[1].

6) Dem Gegner bekannte oder zu umfangreiche Akten, bei denen nach § 86 Abs. 5 VwGO und § 77 Abs. 2 FGO ausdrücklich das Anerbieten zur Einsichtnahme bei Gericht genügt, brauchen trotz fehlender ausdürcklicher Vorschrift auch nach dem SGG nicht abschriftlich eingereicht zu werden, da dieses unzumutbar ist.

Bei sämtlichen Punkten ist also eine Anpassung in Systematik und Gesetzestext geboten.

II Form der Übersendung

Die Übersendung der Abschrift erfolgt übereinstimmend von Amts wegen, und zwar nach § 86 Abs. 4 S. 3 VwGO und § 77 Abs. 1 S. 4 FGO in Form der Zustellung, nach § 108 S. 2 SGG formlos. Eine Begründung für diese Abweichung wird nirgends angeführt. Außer daß § 108 S. 2 SGG insoweit § 104 SGG entspricht, wonach die "Zustellung" der Klage an den Beklagten ebenfalls formlos geschehen kann, was aber schon als nicht berechtigte Abweichung bezeichnet wurde, lassen sich keine weiteren Gründe finden. Bei der Übersendung von Abschriften handelt es sich ausschließlich um eine Frage des äußeren geschäftlichen Verkehrs, also um die Positivierung eines technischen Vorgangs, der von Eigenheiten des materiellen Rechts nicht berührt wird. Teilweise wird sogar angenommen, daß auch im Verfahren vor den allgemeinen Verwaltungsgerichten und den Finanzgerichten von einer förmlichen Zustellung der Abschriften abgesehen werden kann[2], was allerdings vom Wortlaut der §§ 86 Abs. 4, 77 Abs. 1 FGO nicht gedeckt ist. Es handelt sich deshalb um eine aus sachlichen Gründen nicht gebotene unterschiedliche Regelung.

---

1) Ebenso Eyermann-Fröhler § 86 Rn 31; Klinger § 86 Anm. C; Ule § 86 Anm. V; ausdrücklich in § 93 S. 3 SGG

2) Schunck-De Clerck § 86 Anm. 4 d unter ausdrücklichem Hinweis auf § 108 SGG; Hübschmann-Hepp-Spitaler § 77 FGO Rn 3

III Übersendung der Abschrift des geänderten Verwaltungsakts

1) Nach § 77 Abs. 3 FGO und - im Wortlaut abweichend, inhaltlich aber gleichbedeutend[1] - § 96 Abs. 2 SGG hat die Behörde, wenn sie den angegriffenen Verwaltungsakt ändert oder durch einen neuen ersetzt, dem Gericht eine Abschrift des Verwaltungsakts einzureichen. Eine ähnliche Bestimmung gibt es in der VwGO nicht.

2) Auch in der allgemeinen Verwaltung behält die Behörde das Recht, einen Zweitbescheid zu erlassen, weil sie wie auch die Finanzämter und die Sozialversicherungsträger im Rahmen der Vorschriften über Widerruf, Rücknahme und Änderung von Verwaltungsakten Herr des Verwaltungsverfahrens bleibt. Auch hier besteht ein Interesse daran, daß in einem solchen Falle das Gericht Kenntnis von der Änderung des Verwaltungsakts erlangt, damit es in die Lage versetzt wird, so über das Rechtsverhältnis zu entscheiden, wie es sich im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung darstellt. Wenn auch die VwGO die Verwaltungsbehörde nicht ausdrücklich zur Einreichung einer Abschrift verpflichtet, so wird die Behörde den neuen VA ohnehin in den Prozeß einführen. Denn entweder stellt die Behörde den Kläger klaglos oder vermindert seine Beschwer: dann wird sie, um den Prozeß nicht (teilweise) zu verlieren, eine Abschrift einreichen. Oder sie beschwert den Kläger erneut, dann wird sie, wenn der Kläger das nicht schon tut, eine Abschrift einreichen, um dem Gericht neue Gründe vorzutragen. Es dürfte in der Praxis jedenfalls nicht vorkommen, daß ein Gericht keine Kenntnis von dem Zweitbescheid durch die Behörde erlangt. Im übrigen wird man die Behörde schon aus ihrer Beklagtenstellung, aber aus dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung heraus verpflichten müssen, dem Gericht den Erlaß eines neuen Verwaltungsakts nicht zu verschweigen. Der gewünschte Erfolg, Kenntnis des Gerichts von dem geänderten Verwaltungsakt, tritt daher in allen Verfahren ein.

Die Existenz von § 96 Abs. 2 SGG läßt sich freilich noch damit erklären, daß der neue Bescheid kraft Gesetzes Gegenstand des Verfahrens wird und

---

1) Hübschmann-Hepp-Spitaler § 86 FGO Rn 1 sprechen hier von "ähnlich", ohne jedoch zu sagen, was verschieden sein könnte.

das Gericht dann unverzüglich Kenntnis erhalten muß. Für § 77 Abs. 3 FGO gilt das jedoch nicht, weil nach § 68 FGO der neue Bescheid nur auf Antrag des Klägers Gegenstand des Verfahrens wird und der Kläger demnach den neuen Verwaltungsakt in das Verfahren einführen kann. Die finanzgerichtliche Regelung wird man jedoch historisch verstehen müssen. Nach früherem Recht gab es entsprechend der Funktion des Verfahrens als verlängertem Veranlagungsverfahren keine Änderungsmöglichkeit durch das Finanzamt, weil das Finanzamt durch das Finanzgericht ersetzt wurde. Um die hier aufgetretene gravierende Rechtsänderung klarzustellen, war ein entsprechender Hinweis darauf in § 77 Abs. 3 FGO zweckmäßig. § 77 Abs. 3 ist also zunächst als gesetzlicher Hinweis auf eine geänderte Rechtlage zu verstehen[1].

Ob die Behörde ausdrücklich durch eine Vorschrift der Verfahrensordnungen zur Einreichung der Abschrift des gegebenenfalls geänderten Verwaltungsakts verpflichtet werden soll, ist eine Frage, die inhaltlich übereinstimmend beantwortet werden kann und sollte.

§ 15 Terminsbestimmung, Ladung

I Ladung - Mitteilung

Nachdem durch den Vorsitzenden der Termin zur mündlichen Verhandlung bestimmt ist, sind die Beteiligten nach § 102 Abs. 1 VwGO und § 91 Abs. 1 FGO zum Termin zu laden[2], während nach § 110 SGG der Vorsitzende den Beteiligten den Termin "mitteilt". Es ist fraglich, ob hier über den Wortlaut hinaus auch ein sachlicher Unterschied besteht.

Unter Ladung ist zu verstehen die Aufforderung zum Erscheinen im Termin[3]. Da jedoch in den Verwaltungsprozessen die Mißachtung der

---

1) Hübschmann § 68 Rn 2; Ziemer-Birkholz § 68 Rn 1

2) Was Sache der Geschäftsstelle ist, Eyermann-Fröhler § 102 Rn 1; Ziemer-Birkholz § 91 Rn 1

3) Baumbach-Lauterbach, Übersicht 2 A vor § 214; Rosenberg S. 313; Mellwitz § 110 Rn 5

Aufforderung für die Partei keinen prozessualen Nachteil erbringt, es kann kein Versäumnisurteil erlassen werden, die Ladung also keine Bedeutung für die Art der Entscheidung hat, besteht zwischen Ladung und Mitteilung lediglich ein formularmäßiger, nicht aber ein sachlicher Unterschied. Auch die Gerichte sprechen bei der Anwendung von § 110 SGG häufig von "Ladung"[1], selbst der Gesetzgeber[2], ja das Gesetz selbst (in § 126 SGG) bezeichnen die Mitteilung als Ladung. Im übrigen gebraucht auch die ZPO Ladung und Mitteilung ohne greifbaren Unterschied[3]. Hier ist also eine terminologische Angleichung vorzunehmen.

II Hinweis auf die Folgen des Ausbleibens

§ 102 Abs. 2 VwGO und § 91 Abs. 2 FGO bestimmen, daß die Ladung den Hinweis enthalten muß, daß "beim Ausbleiben eines Beteiligten auch ohne ihn verhandelt und entschieden werden kann", während nach § 110 S. 2 SGG der Hinweis lauten muß, daß "nach Lage der Akten entschieden werden kann". Da beim Ausbleiben eines Beteiligten im Falle einer Entscheidung des Prozesses keine neuen Tatsachen berücksichtigt werden dürfen (§ 108 Abs. 2 VwGO, § 96 Abs. 2 FGO), kann eine Entscheidung nur nach dem bisherigen Stand der Akten getroffen werden. Folglich besteht keine sachliche Abweichung. Auch die Rechtsfolgen beim Fehlen dieses Hinweises in der Ladung sind gleich, nämlich daß nicht verhandelt und entschieden werden darf[4].

III Ladungsfristen

Unterschiedlich geregelt ist die Frist. Sie beträgt nach § 110 SGG "in der Regel" zwei Wochen, nach § 102 VwGO und § 91 FGO "mindestens zwei", beim BVerwG und BFH "mindestens 4 Wochen". Hier ist eine

---

1) BSG 7, 58 (v. 12.3.1952); BayLSG, Breithaupt 1957, 872 (v. 3.4.1957); LSG Berlin SGb 1955, 369 (v. 26.4.1955)

2) Amtl. Begr. zu § 110, zweites Änderungsgesetz z. SGG, BT-Drs. III/36

3) Vgl. Baumbach-Lauterbach, Übers. 2 A vor § 214; Rosenberg S. 313

4) Eyermann-Fröhler § 107 Rn 7; Ziemer-Birkholz § 91 Rn 11

inhaltliche Anpassung vorzunehmen, da Fristen grundsätzlich gleich zu regeln sind, zumal auch nach § 102 VwGO und § 91 FGO in dringenden Fällen eine Frsitverkürzung möglich ist.

Aus dem Wortlaut von § 110 S. 1 SGG (Der Vorsitzende bestimmt Ort und Zeit ... der Verhandlung) ist zu entnehmen, daß auch Sitzungen außerhalb des Gerichtssitzes abgehalten werden können, was in § 102 Abs. 3 VwGO und § 91 Abs. 3 FGO ausdrücklich vorgesehen ist. Auch hier liegt daher eine anpassungsfähige Abweichung lediglich im Gesetzestext vor.

§ 16 Leitung und Gang der mündlichen Verhandlung

Leitung und Gang der mündlichen Verhandlung sind in den §§ 103, 104 VwGO, 92 und 93 FGO identisch geregelt. Die entsprechende Regelung für das SGG findet sich in den §§ 112, 121. Der Gesetzestext weicht in Wortfassung und Systematik von den erstgenannten Vorschriften ab. In der Sache können bei einem Vergleich jedoch keine Unterschiede festgestellt werden. Zwar geht die sozialgerichtliche Regelung mehr auf Einzelheiten ein, so auf die Berichtigung und Ergänzung der Anträge und darüber, daß die Entscheidung über Beanstandung von Fragen endgültig ist, für die beiden anderen Verfahren gelten aber die gleichen Grundsätze. Hier ist demnach eine Anpassung redaktioneller Art geboten.

§ 17 Sitzungsprotokoll

Die Vorschriften über die Anfertigung des Sitzungsprotokolls sind in § 105 VwGO und § 94 FGO vollständig identisch, in § 122 SGG weitgehend damit identisch geregelt. Im einzelnen gibt der Vergleich der Vorschriften Anlaß zu folgenden Bemerkungen:

I. § 122 SGG enthält nicht ausdrücklich die Möglichkeit, von der Zuziehung eines besonderen Schriftführers abzusehen. Dieses ist jedoch in § 163 Abs. 3 ZPO vorgesehen, der ebenfalls anwendbar ist, da § 122 Abs. 3 ergänzend ausdrücklich auf die §§ 159 - 165 ZPO verweist, die

übrigens auch für die VwGO und die FGO heranzuziehen sind[1].

II. Nach § 105 Abs. 1 VwGO/§ 94 Abs. 1 FGO kann nur ein Urkundsbeamter der Geschäftsstelle als Protokollführer hinzugezogen werden, während nach § 122 SGG jeder vereidigte Schriftführer hinzugezogen werden kann. Personell gesehen ergibt sich hieraus jedoch kein Unterschied[2].

III. § 105 VwGO/§ 94 FGO Abs. 2 S. 2-4 bestimmen, daß Anträge von Beteiligten auf Eintragung bestimmter Vorgänge in das Protokoll durch einen unanfechtbaren und zu protokollierenden Beschluß des Gerichts zurückgewiesen werden können. Eine entsprechende Regelung fehlt in § 122 SGG. Demnach dürfte nach § 122 SGG der Vorsitzende, denn ihm obliegen die Maßnahmen der Verhandlungsleitung[3], über einen entsprechenden Antrag, der freilich nur eine Anregung sein kann, entscheiden. Streitig ist in der Sozialgerichtsbarkeit, ob gegen die Ablehnung dieses Antrags oder gegen die Nichtaufnahme eines Vorgangs in das Protokoll Beschwerde zulässig ist[4]. Da dem Beschwerdegericht die Vorgänge der mündlichen Verhandlung nicht nachprüfbar sind, ist mit Peters-Sautter-Wolff ein Beschwerderecht abzulehnen, so daß abgesehen von der Entscheidung durch den Vorsitzenden im Ergebnis eine inhaltliche Abweichung nicht vorläge. Gleichwohl würde eine Angleichung die Rechtsunsicherheit beseitigen.

Die Bestimmung des § 122 SGG ist demnach vollständig an § 105 VwGO und § 94 FGO anzupassen.

§ 18 Verweisung bei örtlicher und sachlicher Unzuständigkeit

Die Regeln über die Verweisung des Rechtsstreits bei örtlicher oder sachlicher Unzuständigkeit des Gerichts (§ 83 VwGO, § 70 FGO, § 98 SGG)

---

1) Baumbach-Lauterbach § 159 Anm. 3, § 160 Anm. 4; § 161 Anm. 3; § 163 Anm. 3; § 162 ZPO kommt nicht in Betracht.

2) Mellwitz § 122 Rn 1; Peters-Sautter-Wolff § 122 Anm. 1

3) § 105 Abs. 2 S. 2-4 bildet hierzu eine Ausnahme, vgl. Ule § 105 Anm. I 2

4) Bejahend LSG Hamburg, Breithaupt 1959 S. 369 (v. 13.2.1959)

5) § 122 Anm. 2

weisen im Wortlaut geringfügige Abweichungen auf.

Nach § 83 Abs. 1 VwGO und § 98 Abs. 1 SGG ist bei sachlicher und örtlicher Unzuständigkeit des mit der Klage befaßten Gerichts und Bestimmbarkeit des zuständigen Gerichts der Rechtsstreit an das zuständige Gericht der "Verwaltungsgerichtsbarkeit" bzw. der "Sozialgerichtsbarkeit" zu verweisen, nach § 70 FGO jedoch nur an das "zuständige Gericht". Da die Verweisung an einen anderen Zweig der Gerichtsbarkeit in § 34 Abs. 3 FGO geregelt ist und § 70 FGO ausdrücklich nur von sachlicher und örtlicher Unzuständigkeit spricht, kommt auch nach § 70 FGO nur die Verweisung an ein anderes Gericht der Finanzgerichtsbarkeit in Betracht[1]. Die Zusätze "Verwaltungsgerichtsbarkeit" und "Sozialgerichtsbarkeit" haben daher nur klarstellende Bedeutung, so daß es sich lediglich um eine Abweichung im Wortlaut handelt.

Der Verweisungsbeschluß ist abgesehen vom Bundesfinanzhof für alle darin bezeichneten Gerichte bindend (§ 83 Abs. 2 VwGO, § 70 Abs. 2 FGO, § 98 Abs. 2 SGG). Nach dem Gesetzestext kann demnach nur der BFH zurück- oder weiterverweisen. Dem liegt der Sinn zugrunde, daß der Verlust einer weiteren Instanz verhindert werden soll[2]. Dieser Gedanke erfordert jedoch in allen Zweigen der Verwaltungsgerichtsbarkeit Beachtung. Deshalb werden § 83 Abs. 2 VwGO und § 98 Abs. 2 SGG bereits gegenwärtig so ausgelegt, daß eine Bindung des bezeichneten Gerichts nicht eintritt, wenn dem Kläger eine Instanz verlorengeht[3]. Dieses sollte auch in einem übereinstimmenden Wortlaut zum Ausdruck kommen.

---

1) Ebenso Ziemer-Birkholz § 70 Rn 1

2) Hübschmann-Hepp-Spitaler § 70 Rn 12; Ziemer-Birkholz § 70 Rn 10

3) BayVBL 1962, 133 (v. 10.7.1961); Eyermann-Fröhler § 83 Rn 14; Klinger § 83 Anm. D 2; Redecker v. Oertzen § 83 Rn 8; Rohwer-Kahlmann § 98 Rn 8

§ 19 Verbindung und Trennung von Prozessen

I. Zulässigkeit der Prozeßverbindung

Alle drei Verfahrensordnungen gestatten es dem Gericht, mehrere bei ihm anhängige Verfahren zu einem einzigen zu verbinden (Prozeßverbindung, § 93 VwGO, § 73 FGO, § 113 SGG). Nach § 113 SGG ist dazu in Anlehnung an § 147 ZPO erforderlich, daß die jeweiligen Ansprüche, die in getrennten Verfahren verfolgt werden und zusammengefaßt werden sollen, "in Zusammenhang" stehen[1] oder in einer Klage hätten geltend gemacht werden können, im letzten Fall also bei Zulässigkeit der objektiven Klagenhäufung (§ 56 SGG). Nach § 93 VwGO müssen die zu verbindenden Verfahren "den gleichen Gegenstand" betreffen. § 73 FGO nennt in dieser Hinsicht gar keine Voraussetzungen.

1) § 93 VwGO, § 113 SGG

Bei einem Vergleich der Voraussetzungen in § 113 SGG und § 93 VwGO muß festgestellt werden, daß, obwohl "Gegenstand" des Verfahrens weit auszulegen und nicht gleichzusetzen ist mit "Streitgegenstand", der in § 113 SGG geforderte "Zusammenhang" gegenüber dem "gleichen Gegenstand" in § 93 VwGO der weitergefaßte Begriff ist, so daß § 113 SGG abstrakt den weiteren Raum erfaßt[2]. Die Möglichkeit der Prozeßverbindung in Fällen, wo die objektive Klagenhäufung zulässig wäre (§ 56 SGG, § 44 VwGO), ist freilich auch nach § 93 VwGO gegeben, denn mehrere prozessuale Ansprüche eines Klägers gegen denselben Beklagten dürften, wenn sie im "Zusammenhang stehen", den "gleichen Gegenstand" i.S.v. § 93 VwGO betreffen[3].

---

1) Daß nach § 113 SGG die Klagen nicht in "rechtlichem" Zusammenhang stehen müssen, ist vom Gesetzgeber beabsichtigt, da auch ein "tatsächlicher" Zusammenhang genügen sollte, vgl. Anl. 2 zu BT-Drs. I/4357: Änderungsvorschlag des Bundesrates zu § 61 ESGO und die Stellungnahme der Bundesregierung (Anlage 3).

2) Eyermann-Fröhler § 93 Rn 4, Klinger § 93 Anm. B 2, Koehler § 93 Anm. II, Redeker v. Oertzen § 93 Rn 2, Ule § 93 Anm. I

3) Ebenso Koehler § 93 Anm. III 2 a; a.A. Peters-Sautter-Wolff § 113 Anm. 2 unter Berufung auf den Wortlaut, und Klinger § 93 Anm. B 2 Fn 1: nach § 44 VwGO sei obj. Klagenhäufung auch bei ungleichem Streitgegenstand zulässig. Dagegen ist zu sagen, daß § 93 VwGO gerade nicht auf den "Streit"gegenstad abstellt.

Sinn und Zweck der Prozeßverbindung ist es, aus Gründen der Kosten- und Arbeitsersparnis mehrere Verfahren gemeinsam zu verhandeln und zu entscheiden, wenn die rechtlichen oder tatsächlichen Probleme der Verfahren die gleichen sind. Die Frage, welche Anforderungen im Einzelnen hieran zu stellen sind, kann daher übereinstimmend beantwortet werden. Soweit aber Verfahren, die in Zusammenhang stehen, nicht den gleichen Gegenstand betreffen und daher nur nach § 113 SGG verbunden werden können, liegt daher eine mit überzeugenden Gründen nicht zu rechtfertigende Abweichung vor. Das ist auch die Ansicht des Gesetzgebers, der eine Übereinstimmung des § 113 SGG mit dem VwGO-Entwurf herstellen wollte und sogar meinte, daß eine inhaltliche Übereinstimmung bereits vorlag[1].

2) § 73 FGO

Daraus, daß § 73 FGO keinerlei Voraussetzungen an den Zusammenhang der Klagen stellt, kann ein gegenüber § 113 SGG weitergehender Anwendungsbereich schwerlich angenommen werden. Bei der Praktizierung der Prozeßverbindung muß nämlich auch beachtet werden, daß der dem Zweck der Prozeßverbindung entsprechende Erfolg der Arbeits- und Konstenersparnis nur dann eintritt, wenn die Klagen in Abhängigkeit untereinander stehen. So ergibt sich, daß auch nach § 73 FGO die Klagen in einem Zusammenhang stehen müssen[2]. Im übrigen weist die amtliche Begründung auf § 93 VwGO hin[3], so daß auch bei § 73 FGO angenommen werden darf, daß der Gesetzgeber keine abweichende Bestimmung treffen wollte.

Es muß daher davon ausgegangen werden, daß die Voraussetzungen für die Zulässigkeit der Prozeßverbindung auch nach Ansicht des Gesetzgebers einheitlich zu regeln sind. Bei einer Angleichung kann freilich § 93 VwGO nicht vorbildlich sein, weil einer entsprechend § 147 ZPO weiteren Fassung der Vorzug zu geben ist. § 93 VwGO stellt demgegen-

---

1) Anlage 3 zu BT-Drs. I/4357, Stellungnahme der Bundesregierung zu den Änderungsvorschlägen des Bundesrats.

2) Ebenso Görg-Müller § 73 Anm. 1 (Rn 379), der jedoch die Abweichung gegenüber § 93 VwGO als begrüßenswert hervorhebt; Ziemer-Birkholz § 73 Rn 11; a.A., jedoch ohne nähere Hinweise, Hübschmann-Hepp-Spitaler § 73 FGO Rn 4.

3) Zu § 71 des Entwurfs BT-Drs. IV/1446

über nur die Übernahme einer älteren Vorschrift dar[1].

II Prozeßverbindung bei notwendiger Beiladung

Die Klageverbindung steht regelmäßig im pflichtgemäßen Ermessen des Gerichts. § 73 Abs. 2 FGO bestimmt, daß ausnahmsweise eine Klageverbindung zwingend ist, wenn eine notwendige Beiladung zu erfolgen hätte und der Beizuladende bereits Klage erhoben hat. Das die notwendige Beiladung charakterisierende Erfordernis einer einheitlichen Entscheidung (§ 65 VwGO, § 75 II SGG) läßt, wenn der Beizuladende ebenfalls Klage erhoben hat, eine Verbindung der Klagen überall so naheliegend erscheinen, daß sich Gesichtspunkte, die gegen eine Verbindung sprechen, gar nicht finden lassen. Das Absehen von einer Klageverbindung wäre in diesen Fällen immer ermessensfehlerhaft, so daß bereits auch nach § 93 VwGO und § 113 SGG eine Verpflichtung zur Klageverbindung anzunehmen ist[2].

III Prozeßtrennung

Im Zusammenhang mit der Klageverbindung ist auch ihr Gegenteil, die Klagetrennung zu behandeln. Hierbei sind zwei Fälle zu unterscheiden, einmal die Trennung eines ursprünglich einheitlich in Gang gesetzten Verfahrens und ferner die Trennung von verbundenen Verfahren. § 93 VwGO und § 73 FGO nennen die beiden Fälle[3], während § 113 Abs. 2 SGG nur die Trennung verbundener Verfahren vorsieht. Mangels gesetzlicher Grundlage ist daher z. B. bei objektiver Klagenhäufung die Trennung in zwei Verfahren in der Sozialgerichtsbarkeit unzulässig. Freilich lassen sich außer prozeßwirtschaftlichen Gesichtspunkten keine Gründe finden, die sich auf die gesetzliche Gestaltung der Klagetrennung auswirken können. Diese Gesichtspunkte sind aber in

---

1) § 93 südd. VVG, worauf die amtl. Begr. zu § 94 BT-Drs. III/55 ausdrücklich hinweist.

2) Ebenso: Redeker v.Oertzen § 93 Rn 5

3) Eine Abweichung besteht darin, daß § 93 VwGO von mehreren "Ansprüchen", § 73 FGO von mehreren Klagegegenständen spricht, die in einem Verfahren zusammengefaßt sind. Inhaltliche Unterschiede können dabei jedoch nicht festgestellt werden.

allen drei Verfahren die gleichen, so daß für inhaltliche Abweichungen kein Raum ist. Zwar hat die Klagetrennung keine große praktische Bedeutung, was besonders für die einheitlich erhobene Klage gilt, sie wird für die Sozialgerichtsbarkeit von Peters-Sautter-Wolff[1] auch bei der objektiven Klagehäufung für zulässig gehalten, eine einheitliche gesetzliche Regelung ist gleichwohl zu fordern.

§ 20 Aussetzung, Unterbrechung und Ruhen des Verfahrens

I Aussetzung

Hängt die Entscheidung in dem anhängigen Verfahren von der Entscheidung eines anderen Gerichts oder einer Verwaltungsbehörde ab, sog. Vorgreiflichkeit, kann das Gericht in allen drei Verfahren übereinstimmend das anhängige Verfahrens aussetzen, um die vorgreifliche Entscheidung abzuwarten (§ 94 VwGO, § 74 FGO, § 114 Abs. 2 SGG, alle bis auf eine kleine Abweichung im Satzbau von § 114 Abs. 2 SGG auch im Wortlaut identisch).

1) § 114 Abs. 1 SGG

§ 114 Abs. 1 SGG bestimmt, daß das Gericht dann, wenn die Entscheidung von einem familien- oder erbrechtlichen Verhältnis abhängt, das Verfahren bis zur Entscheidung in dem Zivilprozeß aussetzen kann. Vergleichbare Vorschriften in anderen Verfahrensgesetzen fehlen.

Das familien- und erbrechtliche Verhältnis in § 114 Abs. 1 SGG ist ein Fall des "Rechtsverhältnisses" in Abs. 2. Insofern betrifft also Abs. 1 lediglich einen speziellen Fall des Abs. 2. Eine Abweichung besteht jedoch darin, daß in dem besonderen Fall des Abs. 1 im Gegensatz zu Abs. 2 ein Gerichtsverfahren über die vorgreifliche Frage noch nicht anhängig zu sein braucht, wie sich eindeutig aus dem Wortlaut ergibt[2]. Die hierin bestehende Divergenz wird jedoch dadurch abgemildert, daß das

---

1) Peters-Sautter-Wolff § 56 Anm. 1

2) Peters-Sautter-Wolff § 114 Anm. 2; Mellwitz § 114 Rn 5; Rohwer-Kahlmann § 114 Rn 7

Sozialgericht in beiden Fällen nicht zur Aussetzung des Verfahrens verpflichtet ist, sondern, wie jedes Gericht, auch selbst über diese Verhältnisse entscheiden kann. Eine zusätzliche Abmilderung erfährt dieser Unterschied noch dadurch, daß auch nach Abs. 1 eine Aussetzung nur in Betracht kommt, wenn die begründete Aussicht besteht, daß der Kläger in Kürze einen Zivilprozeß zur Entscheidung dieser Verhältnisse anstrengen wird. Dazu ist noch klarstellend hinzuzufügen, daß das Gericht im Gegensatz zum früheren Recht dem Kläger die Führung eines Zivilprozesses nicht aufgeben, sondern dieses allenfalls im Rahmen der Hinweis- und Förderungspflicht anraten kann. Im Ergebnis steht demnach die Anwendung von Abs. 1 ebenso wie die von Abs. 2 in der Hand des Klägers[1], denn auch in den Fällen des Abs. 2 kann und muß das Gericht die Anstrengung eines anderen Prozesses anregen[2], nur daß es mit der Aussetzung eben warten muß, bis der Kläger wirklich die neue Klage erhoben hat. Ob aber das Gericht erst aussetzt, wenn das Verfahren anhängig ist oder schon dann, wenn der Kläger eine solche Absicht kundtut, ist kein wesentlicher Unterschied. Hieraus ergibt sich, daß die Fälle, bei denen es auf familien- und erbrechtliche Rechtsverhältnisse ankommt, im sozialgerichtlichen Verfahren auch ohne § 114 Abs. 1 SGG angemessen behandelt werden können. Die Vorschrift ist daher überflüssig. Ganz abgesehen davon ist auch kein einleuchtender Grund dafür ersichtlich, die familien- und erbrechtlichen Vorfragen in der Sozialgerichtsbarkeit prozessual abweichend zu behandeln. Erklärbar ist diese Bestimmung des § 114 Abs. 1 SGG nur aus dem älteren Rechtszustand. In § 1654 RVO hatte eine ähnliche Vorschrift bestanden, die angesichts des verhältnismäßig häufigen Vorkommens gerade dieser Fälle übernommen werden sollte. Allerdings konnte nach § 1654 RVO der Vorsitzende die Anstrengung eines Zivilprozesses aufgeben. § 114 Abs. 1 SGG ist daher eine sachlich nicht gerechtfertigte Abweichung und überflüssige Bestimmung.

2) Rezeption des § 149 ZPO

§ 114 Abs. 3 SGG stellt eine wörtliche Rezeption von § 149 ZPO dar. Da diese Vorschrift über § 173 VwGO und § 155 FGO auch in den beiden

---

1) In diesem Sinne BSG 21, 10 (12), v. 16.4.1964

2) Redeker v.Oertzen § 94 Rn 2; Ziemer-Birkholz § 74 Rn 14; nach Eyermann-Fröhler § 94 Rn 4 ist eine entsprechende Auflage zulässig, was jedoch mit dem eindeutigen Wortlaut nicht vereinbar ist.

anderen Verfahren gilt und auch nach § 202 SGG gelten würde, bedeutet § 114 Abs. 3 SGG lediglich einen Hinweis, ohne daß ihm eine inhaltliche Abweichung zugrunde liegt. Die Frage der ausdrücklichen Rezeption von Vorschriften, die über die Generalklausel ohnehin gelten, ist jedoch auch gesetzestechnisch einheitlich zu entscheiden.

II Unterbrechung und Ruhen des Verfahrens

In diesem Zusammenhang ist auch § 68 SGG zu nennen, zu dem vergleichbare Vorschriften in den beiden anderen Gesetzen nicht vorhanden sind. Hier werden einzelne Vorschriften der ZPO, die die Unterbrechung des Verfahrens betreffen, ausdrücklich für anwendbar erklärt. Da die zitierten Vorschriften der ZPO über § 173 VwGO und § 155 FGO grundsätzlich auch in den beiden anderen Verfahren gelten[1], kann eine inhaltliche Abweichung nur dann vorliegen, wenn § 68 SGG Vorschriften für anwendbar erklärt, die sonst nicht gelten würden, oder Vorschriften ausschließt, die sonst gelten würden, denn als lex specialis enthält § 68 SGG eine ausdrückliche Regelung, hinter der die allgemeine Subsidiaritätsvorschrift (§ 202 SGG) zurückzutreten hat.

1) Ule[2] hält § 239 Abs. 2 ZPO in der VwGO für nicht anwendbar. Hiernach kann für den Fall der Unterbrechung des Verfahrens wegen des Todes eines Beteiligten der Gegner vor Gericht die Aufnahme der Verhandlung und die Ladung des Rechtsnachfolgers beantragen, wenn dieser die Aufnahme des Verfahrens verzögert. Diese Vorschrift ist aber im SGG, da in § 68 nicht ausdrücklich ausgeschlossen, anwendbar. Ule ist jedoch entgegenzuhalten, daß § 239 Abs. 2 ZPO Ausdruck der Dispositionsmaxime und nicht des Parteibetriebs ist, so daß eine Geltung in der VwGO nicht gegen den "Amtsgrundsatz", das Gegenstück zum Parteibetrieb, verstößt. § 239 Abs. 2 ZPO ist demnach auch in der VwGO und in der FGO anwendbar[3], eine Abweichung ist folglich nicht gegeben.

---

1) Baumbach-Lauterbach, § 239 Anm. 6; § 240 Anm. 4; § 241 Anm. 2; § 243 Anm. 2; § 244 Anm. 3; § 245 Anm. 2; § 247 Anm. 2; § 248 Anm. 3; § 249 Anm. 5; Redeker v. Oertzen § 94 Rn 6; Eyermann-Fröhler § 94 Rn 15; Ziemer-Birkholz § 74 Rn 23

2) § 94 Anm. I

3) Redeker v. Oertzen Rn 7

2) § 239 Abs. 3 ZPO ist in § 68 SGG nicht genannt. Er bestimmt, daß der den Aufnahmeantrag nach Abs. 2, der auch in der Sozialgerichtsbarkeit zulässig ist, enthaltende Schriftsatz mit der Ladung zum Verhandlungstermin dem Rechtsnachfolger von Amtswegen zuzustellen sind. Diese Vorschrift kollidiert mit keinem Grundsatz des Verwaltungsprozeßrechts[1] und ist daher uneingeschränkt anwendbar[2]. Zu erklären ist Ausschluß von § 239 Abs. 3 ZPO in § 68 SGG freilich damit, daß der Sozialgerichtsprozeß die Zustellungen und Ladungen zumeist durch Mitteilungen ersetzt (§§ 104, 110, 116 SGG), was aber eine sachlich nicht gerechtfertigte Besonderheit darstellt[3] und im Falle der Angleichung dieser Vorschriften an die VwGO auch bei dem in § 239 Abs. 3 ZPO geregelten Fall zu berücksichtigen wäre. Hinzuweisen ist noch darauf, daß auch die Zustellung in § 239 Abs. 3 ZPO im verwaltungsgerichtlichen Verfahren wie alle Zustellungen nicht die Bedeutung hat wie im Zivilprozeß (z.B. beim Versäumnisurteil). Bedeutung und Wirkung der Übersendung des den Aufnahmeantrag enthaltenden Schriftsatzes an den Rechtsnachfolger und dessen Ladung sind jedoch in allen Verwaltungsverfahren gleich bzw. angleichbar, so daß Abweichungen unsachgemäß sind.

3) § 239 Abs. 4 ZPO, in § 68 SGG ebenfalls nicht zitiert, enthält die Rechtsfolgen bei Säumnis des geladenen Rechtsnachfolgers. Diese Vorschrift, die eine Entscheidung durch Versäumnisurteil vorschreibt, ist mit dem Untersuchungsgrundsatz nicht vereinbar, so daß seine Anwendbarkeit für alle Verwaltungsprozeßordnungen zu verneinen ist[4].

4) Ausgeschlossen ist in § 68 SGG auch § 246 ZPO. Hiernach tritt, wenn ein Prozeßbevollmächtigter vorhanden ist, bei Tod usw. einer Partei nicht Unterbrechung des Verfahrens ein, sondern es erfolgt nur Aussetzung des Verfahrens, wenn der Bevollmächtigte es beantragt.

---

1) And. aber die amtliche Begründung zu § 17 d.E. SGO BT-Drs. I/4357, heute § 68 SGG, Peter-Sautter-Wolff § 68 Anm. 1, mit dem "Amtsbetrieb" hat das aber nichts zu tun.

2) Ebenso Redeker v. Oertzen, Hübschmann-Hepp-Spitaler § 74 FGO Rn 14

3) Vgl. S. 71 § 13 II

4) Redeker v. Oertzen § 94 Rn 7

Da die Vollmacht auch in der Sozialgerichtsbarkeit über den Tod hinaus wirkt (§ 73 Abs. 4 SGG i.V.m. § 86 ZPO), steht der Anwendung dieser Vorschrift wie in den beiden anderen verwaltungsgerichtlichen Verfahren auch in der Sozialgerichtsbarkeit aus diesem Grunde nichts entgegen. Freilich ist die Anwendbarkeit von § 246 ZPO auch für die allgemeine Verwaltungsgerichtsbarkeit umstritten. Teils wird angenommen, daß der Antrag auf Aussetzung nicht gestellt werden kann, weil dies dem "Amts-" bzw. "Offizialprinzip" widerspreche[1]. Hierzu ist zu sagen, daß die Frage, ob ein Verfahren in den in § 246 ZPO genannten Fällen fortgesetzt werden soll oder nicht, auch im verwaltungsgerichtlichen Verfahren nicht von Amtswegen zu entscheiden ist, sondern der Disposition der Beteiligten überlassen bleibt. Folglich ist § 246 ZPO unbeschränkt anwendbar[2]. Mit der gegenteiligen Begründung sollte offensichtlich auch der Ausschluß von § 246 ZPO in § 68 SGG gerechtfertigt werden, so daß sich einerseits zeigt, daß die mit § 68 vorgenommene Abweichung ungerechtfertigt ist, andererseits aber eine ausdrückliche Zitierung durchaus angebracht ist, um die hier bestehende strittige Rechtslage zu klären.

5) Ausgeschlossen von einer Anwendung sind durch § 68 SGG auch die §§ 250 - 252 ZPO. § 250 ZPO bestimmt, daß die Aufnahme eines unterbrochenen oder ausgesetzten Verfahrens durch Zustellung eines bei Gericht einzureichenden Schriftsatzes erfolgt. Die Beendigung des Verfahrensstillstandes ist also abhängig von einer entsprechenden Parteierklärung. Da im SGG einschlägige Vorschriften fehlen, ist unklar, wie die Aufnahme des Verfahrens in der Sozialgerichtsbarkeit zu erfolgen hat. Aus § 239 Abs. 1 u. 2 ZPO (die Unterbrechung dauert "bis zur Aufnahme durch den Rechtsnachfolger", bei Verzögerung kann der Gegner die Aufnahme beantragen), die entsprechend gelten, ist aber zu entnehmen, daß den Parteien der entscheidende Einfluß auf die Aufnahme des Verfahrens eingeräumt ist. Demgemäß betrachtet das LSG

---

1) Ule § 94 Anm. I; offenb. Klinger § 94 Anm. B

2) Ebenso Hübschmann-Hepp-Spitaler § 74 Rn 21; Ziemer_Birkholz § 74 Rn 25; Redeker v. Oertzen § 94 Rn 11; Eyermann-Fröhler § 94 Rn 15; Schunck-De Clerck § 94 Anm. 2 b 8 und Jarosch DÖV 1963, S. 133 ff. (135), der zutreffend darauf hinweist, daß die Gegenmeinung auf einem falschen bzw. unterschiedlichem Verständnis des Begriffs "Amts-" bzw. "Offizialprinzip" beruht.

Hessen die Aufnahme durch den Rechtsnachfolger als einen Weg zur Beendigung der Unterbrechung[1]. Teilweise wird vertreten, daß die Beendigung zwar durch das Gericht zu erfolgen habe, jedoch nur mit Einverständnis[2] oder, noch enger, wenn eine "klare Willenserklärung bekanntgegeben ist, den Prozeß weiterzuführen"[3]. Im Hinblick auf den auch in § 239 Abs. 1 u. 2 ZPO zum Ausdruck gelangenden Dispositionsgrundsatz muß für die Beendigung des unterbrochenen Verfahrens mindestens ein - wie auch immer geartetes - Einverständnis gefordert werden[4]. Wie dieses Einverständnis zu erfolgen hat und ob die Aufnahme erst noch durch richterliche Verfügung erklärt werden muß, ist demgegenüber von untergeordneter Bedeutung und letztlich eine Formfrage, die freilich mit den sonstigen Formvorschriften harmonisieren muß.

Die entsprechende Regelung in der VwGO und in der FGO ist ebenfalls umstritten, teils wird angenommen, § 250 ZPO gelte in seiner vollen Bedeutung[5], teils wird angenommen, die Beendigung könne auch von Amtswegen erfolgen[6]. Zu berücksichtigen ist jedoch, daß auch hier ein Einverständnis des Aufnahmeberechtigten vorliegen muß. Jedoch folgt aus §§ 81, 85 VwGO und §§ 64, 71 FGO, wonach die Klage zwar zuzustellen ist, die Zustellung aber kein Erfordernis der Klageerhebung ist, daß § 250 ZPO dahin zu verstehen ist, daß zwar auch eine Zustellung der Aufnahmeerklärung an den Gegner zu erfolgen hat, aber auch hier die Aufnahme des Verfahrens bereits durch Erklärung vor Gericht bzw. mit Eingang des Schriftsatzes eintritt. Berücksichtigt man die beiden Gesichtspunkte, so ist der Ansicht, die Beendigung könne auch von Amtswegen erfolgen, keine praktische Bedeutung zuzusprechen. Soweit die Beteiligten aber keine Erklärungen abgeben, kann das Gericht die Akten nach den Bestimmungen der Aktenordnung weglegen[7].

---

1) Breithaupt 1958, S. 1158 (1160), v. 6.5.1958

2) Brackmann I S. 246 r.

3) Peters-Sautter-Wolff § 68 Anm. 1, Hofmann-Schroeter § 68 Anm. 2

4) Ebenso BSG SozR § 68 Da 2 Nr. 2, v. 21.9.1959

5) Redeker v. Oertzen § 94 Rn 13, Jarosch DÖV 1963, S. 133 ff. (135); Hübschmann-Hepp-Spitaler § 74 Rn 25; Baumbach-Lauterbach § 250, 3

6) Klinger § 94 Bb; Schunck-De Clerck § 94 Anm. 2 b 12; Tipke-Kruse § 74 FGO Rn 5, 6; Ziemer-Birkholz § 74 Rn 29

7) So auch Redeker v. Oertzen § 94 Rn 13; Jarosch DÖV 1963, 133 (136); Hübschmann-Hepp-Spitaler § 74 Rn 25

Die Frage, wer ein stillstehendes Verfahren wieder in Gang bringen darf und welche Formvorschriften dabei zu beachten sind, kann und muß daher für alle Verwaltungsstreitverfahren gleich beantwortet werden, und zwar in der zuletzt genannten Weise.

6) § 68 SGG schließt auch die Vorschrift des § 251 ZPO von einer entsprechenden Anwendung aus. Hier ist bestimmt, daß das Gericht das Ruhen des Verfahrens anordnet, wenn beide Parteien es beantragen und dieses zweckmäßig ist, z. B. bei Schweben von Vergleichsverhandlungen. Da auch diese Fälle in der Sozialgerichtsbarkeit auftreten, etwa eine höchstrichterliche Entscheidung soll abgewartet werden, erhebt sich die Frage, wie hier zu verfahren ist, wenn eine Entscheidung noch nicht "zweckmäßig" ist und auch den Parteien an einer Entscheidung noch nicht gelegen ist. In Frage kommt hier allein, daß das Gericht den Termin vertagt[1]. Damit wäre der gleiche prozeßwirtschaftliche Zweck erzielt wie nach § 251 ZPO, freilich ohne die rechtlichen Wirkungen. In der Verwaltungs- und Finanzgerichtsbarkeit wird § 251 ZPO von der h.L. mit Recht für anwendbar erklärt[2].

Die Unanwendbarkeit von § 251 ZPO in der Sozialgerichtsbarkeit wird übereinstimmend mit der Geltung der Offizialmaxime begründet[3]. Abgesehen davon, daß angesichts der unterschiedlichen Begriffsbestimmung mit der Berufung auf die Offizialmaxime nichts zu beweisen ist[4], ist noch darauf hinzuweisen, daß das Ruhen des Verfahrens eine Auswirkung des Rechts der Beteiligten ist, über ihren Anspruch auf Rechtsschutzgewährung zu entscheiden, also der Dispositionsmaxime zugehört. Überdies entzieht § 251 ZPO selbst das Ruhen des Verfahrens

---

1) So auch Rohwer-Kahlmann § 68 Rn 11

2) Eyermann-Fröhler § 94 Rn 17; Redeker v. Oertzen § 94 Rn 14; Ule § 94 Anm. I; OVG Münster v. 24.5.1960, NJW 1960, 2022 und v. 23.5.1962, NJW 1962, 1931; BayVGH v. 21.11.1961, BayVBL 1963, 125; BVerwG v. 13.12.1962, NJW 1962, 1170 (1171); Hübschmann-Hepp-Spitaler § 74 FGO Rn 26; Görg-Müller § 74 Anm. 4 (Rn 385); Ziemer-Birkholz § 74 Rn 31; Tipke-Kruse § 74 FGO Rn 5

3) Hofmann-Schroeter § 114 Anm. 3; Mellwitz § 114 Rn 15; Peters-Sautter-Wolff § 68 Anm. 1; Rohwer-Kahlmann § 68 Rn 11

4) Vgl. Jarosch, DÖV 1963, 133 (135), auch hier S. 15 (§ 4)

der alleinigen Herrschaft der Beteiligten, weil zu dem Antrag der Parteien auch die Zweckdienlichkeit des Ruhens erforderlich ist, eine Frage, die von Amtswegen zu entscheiden ist. In Wahrheit berücksichtigt also § 251 ZPO schon das "Offizialprinzip". Die aus § 68 SGG zu folgernde Dominierung des "Offizialprinzips", die darin besteht, daß das Gericht auch gegen den Willen der Beteiligten das Verfahren zum Ruhen bringen kann, widerspricht aber dem aus Art. 19 Abs. 4 GG erwachsenden Recht der Parteien, daß ihr Rechtsschutzbegehren nicht gegen ihren Willen aufgehoben wird. Der Ausschluß von § 251 ZPO in § 68 SGG ist demnach weder durch Verfahrensgrundsätze der Sozialgerichtsbarkeit geboten noch irgendwie sonst zu rechtfertigen.

7) § 251 a ZPO, der ebenfalls durch § 68 für unanwendbar erklärt wird, findet auch in den Verfahren vor den allgemeinen Verwaltungs- und Finanzgerichten keine Anwendung, weil die Folgen des (auch beiderseitigen) Ausbleibens bereits in § 102 Abs. 2 VwGO und § 91 Abs. 2 FGO geregelt sind[1].

8) §252 ZPO, gleichfalls durch § 68 SGG ausgeschlossen, regelt die Rechtsmittel gegen den Aussetzungs-, Unterbrechungs- und Weigerungsbeschluß des Gerichts und erklärt hier die Beschwerde für zulässig. Da das Recht der Beschwerde in § 146 Abs. 1 VwGO und § 128 FGO, ebenso wie in § 172 SGG, abschließend geregelt ist, - im Gegensatz aber zu § 567 Abs. 1 ZPO, so daß Spezialregelungen wie § 252 ZPO nicht erforderlich sind - kommt ein Rückgriff auf § 252 ZPO nicht in Betracht. Da der Aussetzung- und Unterbrechungsbeschluß keine prozeßleitende Verfügung darstellt, ist übereinstimmend der Rechtsbehelf der Beschwerde gegeben[2], ohne daß inhaltliche Abweichungen auch gegenüber der ZPO festzustellen sind

---

1) Ebenso Hübschmann-Hepp-Spitaler § 74 Rn 27; Klinger § 94 Anm. B b; Ule § 94 Anm. I

2) So auch OVG Lüneburg v. 12.10.1960, DVBl 1960, 862; OVG Münster v. 23.5.1962, NJW 62, 1931; VGH Baden-Württemberg v. 10.8.1964, DVBl 1964, 878; Eyermann-Fröhler § 94 Rn 12; Redeker v. Oertzen § 94 Rn 14; Ule § 94 Anm. III; Hübschmann-Hepp-Spitaler § 74 Rn 11; Ziemer-Birkholz § 74 Rn 30; Peters-Sautter-Wolff § 68 Anm. 1; Rohwer-Kahlmann § 68 Rn 10; a.A. Buck DÖV 1964, 537 (538) unter Berufung auf den "Amtsbetrieb", dem jedoch nicht gefolgt werden kann, und Meissner DVBl 1967, 426 unter Berufung auf aufgegebene Rechtsansichten in den Kommentaren und die "Formstrenge" des Prozeßrechts, die "Unbilligkeit" seines Ergebnisses gleichwohl zugebend.

Als Ergebnis ist daher festzuhalten, daß die §§ 239-252 ZPO nach geltendem Recht in den verwaltungsgerichtlichen Verfahrensordnungen in übereinstimmender Weise Geltung haben[1]. Hier bedarf es lediglich einer Angleichung der Gesetzestexte.

4. Abschnitt: Die Beweiserhebung

Erster Unterabschnitt: Allgemeines, Beweismittel

§ 21 Untersuchungsgrundsatz

I Inhalt

Die Feststellung des Sachverhalts, auf Grund dessen die gerichtliche Entscheidung zu erfolgen hat, kann sich nach dem Untersuchungs- oder Verhandlungsgrundsatz richten[2]. Der Verhandlungsgrundsatz gewährt den Parteien die Herrschaft über die Tatsachen. Hiernach ist der Richter an Geständnisse gebunden und muß das unbestrittene Vorbringen der Parteien als wahr ansehen, auch wenn er persönlich der Auffassung ist, daß sich das tatsächliche Geschehen auch anders zugetragen haben könnte. Der Richter darf nur das berücksichtigen, was die Parteien auch wirklich vorgetragen haben. Er darf nur die von den Parteien angebotenen Beweise erheben.

Nach dem Untersuchungsgrundsatz entscheidet jedoch das Gericht über den zugrundezulegenden Tatsachenstoff. Das Gericht ist weder an Geständnisse, noch an den Parteivortrag, noch an die angebotenen Beweise gebunden. Es ist vielmehr verpflichtet, den entscheidungserheblichen Sachverhalt vollständig und zutreffend aufzuklären. Während im Zivil-

---

1) Warum sich Haueisen DVBl 1958, 769 ff. (779) nur auf die §§ 239 - 249 ZPO beschränkt, bleibt unerfindlich.

2) Zur Begriffsbildung vgl. S. 15 (§ 4)

prozeß der freilich von vielen Ausnahmen[1] durchbrochene Verhandlungsgrundsatz gilt, bekennen sich die Verwaltungsgerichtsordnungen mit den Worten "das Gericht erforscht den Sachverhalt von Amtswegen" übereinstimmend zum Untersuchungsgrundsatz (§ 86 Abs. 1 S. 1 VwGO, § 76 Abs. 1 S. 1 FGO, § 103 SGG). Da Sinn und Zweck des Untersuchungsgrundsatzes für die Auslegung verschiedener Vorschriften und für die Beantwortung der Frage der Berechtigung von abweichenden Vorschriften auf dem Gebiet des Beweisaufnahmerechts bedeutsam sind, ist darauf vorweg einzugehen.

II Sinn und Zweck

Zunächst läßt sich die Geltung des Untersuchungsgrundsatzes historisch erklären, denn hierbei handelt es sich um einen althergebrachten Grundsatz des Verwaltungsprozesses. Die Amtsaufklärungspflicht resultiert daraus, daß die Verwaltungsgerichte nach früherer Auffassung als viel enger mit der aktiven Verwaltung verbunden angesehen wurden. Da aber der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung die Behörden auch zur Aufklärung des Sachverhalts verpflichtete und noch verpflichtet, mußte er in gleichem Umfang auch die Gerichte zur Sachaufklärung verpflichten. Diese Rechtfertigung des Untersuchungsgrundsatzes trifft heute nicht mehr zu, hat sich aber gleichwohl auf das geltende Recht ausgewirkt[2].

Heute ließe sich sogar nicht ohne Berechtigung sagen, daß die jetzt in allen Bereichen durchgeführte Trennung von Verwaltung und Justiz die Beibehaltung des Untersuchungsgrundsatzes, ja der gerichtlichen Sachaufklärung überhaupt, entbehrlich mache. Die Verwaltung ist bereits zur Aufklärung des Sachverhalts verpflichtet, und zwar auch während des Gerichtsverfahrens. Sie legt über jeden Fall eine Akte an, die dann dem Verwaltungsgericht vorzulegen ist. Der Sachverhalt wird also schon durch eine an Gesetz und Recht gebundene staatliche Stelle im Rahmen des Möglichen aufgeklärt.

---

1) So in Statussachen, im Eheverfahren (§§ 617, 672); im Prozeß über das Eltern- und Kindschaftsverhältnis (§ 640 ZPO); im Entmündigungsverfahren (§ 653); im Aufschubverfahren (§§ 752 Abs. 3, 986 Abs. 3 ZPO). Viele Beweise kann das Gericht auch von Amtswegen erheben: §§ 142-144, 448 ZPO, § 272 b Abs. 2 ZPO, ferner § 139 ZPO

2) Die amtl. Begr. zu § 87 des Entwurfs zur VwGO, BT-Drs. III/55 beruft sich auf die bewährten Grundsätze. Ebenso Ule StuB S. 5.

Eine derartige dem Verhandlungsgrundsatz bzw. der Bindung des Revisionsgerichts vergleichbare Regelung würde wirklichen Rechtsschutz jedoch nicht garantieren können[1]. Zwar müssen alle Behörden objektiv, also auch zugunsten der von ihren Maßnahmen betroffenen Bürger ermitteln, aber naturgemäß handeln sie aus teleologischer Sicht, in Verwirklichung der ihnen zugewiesenen konkreten Verwaltungsaufgaben. Natürlich dürfen sie dabei nicht die Rechte des Bürgers mißachten, doch liegt der Schwerpunkt der Ermittlungen bei der Wahrnehmung der staatlichen Interessen und Aufgaben, die spezielle Wahrnehmung der subjektiven Rechte des Bürgers tritt demgegenüber in den Hintergrund. Sowohl die Sachaufklärung überhaupt als auch die Amtsermittlung des Gerichts sind daher unerläßlich für eine Beurteilung der Sachverhaltsfragen unabhängig von den administrativen Betrachtungen des verwaltenden Hauses[2]. Es gehört nämlich zum Wesen der rechtsprechenden Gewalt, daß sie objektiv und ohne eigenes Interesse am Fall ermittelt und entscheidet. Das aber kann man von der Verwaltung nicht sagen[3].

Einseitige Ermittlungen durch die Verwaltung können und müssen, um einen uferlosen Verwaltungsapparat zu vermeiden und die Verwaltung billig und rationell arbeiten zu lassen, in Kauf genommen werden. Es kann nämlich erwartet werden, daß der Bürger kraft seines natürlichen Egoismus sich rührt, wenn er benachteiligt wird. Zwar wird der Bürger von sich aus regelmäßig zur Richtigstellung des Sachverhalts beitragen. Die nur bedingt objektiv geführten Akten wird ein Kläger häufig jedoch nur unter Schwierigkeiten auf den erforderlichen Stand bringen können. Zu berücksichtigen ist auch, daß der Kläger häufig nicht weiß, welche Tatsachen überhaupt aufklärungsbedürftig - auch im Hinblick auf eine andere rechtliche Beurteilung - oder aufklärungsfähig sind.

Der Grundsatz der Amtsermittlung dient insofern der Effektuierung des Rechtsschutzes, als die gerichtliche Entscheidung möglichst das letzte

---

1) BVerfG v. 15.2.1967, NJW 1967, 923

2) Bei den Beratungen zur FGO im Rechtsausschuß des BT hat der Abgeordnete Koch ausdrücklich das Bedürfnis der Finanzgerichte betont, unabhängig von den "Beurteilungen des veranlagenden Hauses" den Sachverhalt zu erforschen. Protokolle 4. Wahlperiode, 132. Sitzung v. 12.5.1965, S. 11.

3) So Pötter, Der Staat, Bd. 3, 182 ff. (188); Redeker, Staatsbürger und Staatsgewalt I, 475 ff. (478)

Wort über den Streifall sprechen soll. Ohne gerichtliche Ermittlungen würde dann häufig der Fall eintreten, daß der Kläger zwar formell den Prozeß gewinnt, weil die Gründe den Bescheid nicht rechtfertigen, die Verwaltung aber einen neuen Bescheid mit neuen Gründen erlassen könnte bzw. müßte. Dieser Gesichtspunkt nötigt nicht nur zur Aufklärungstätigkeit des Gerichts überhaupt, sondern auch zur Ermittlungstätigkeit von Amtswegen, weil der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit bei einer endgültigen Entscheidung auch die Zugrundelegung des "richtigen" Sachverhalts erfordert[1].

Einen Rechtsschutz gegen staatliches Handeln kann der Staat auch nur in dem Umfang gewähren, als das streitige Rechtsverhältnis den Tatsachen entspricht. Andernfalls würde der Staat Rechtsschutz auf Kosten seiner eigenen Rechte oder Rechte anderer gewähren. Eine Bindung des Verwaltungsgerichts an unbestrittenes Tatsachenvorbringen kommt nicht in Frage, weil es, anders als das Zivilgericht, gewissermaßen als Teil des Staates gegen den Staat angerufen wird. Dieser Gesichtspunkt wird auch mit der Begründung angesprochen, daß das öffentliche Interesse, das im Verwaltungsprozeß häufig tangiert werde, eine vollständige Sachaufklärung erfordere[2]. Hinzuweisen ist aber darauf, daß es sich hierbei nicht um das öffentliche Interesse an der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung handeln kann, denn der Verwaltungsprozeß dient primär der Durchsetzung subjektiver Individualrechte (Art. 19 Abs. 4 GG). Das "öffentliche Interesse" ist in diesem Zusammenhang daher dahin zu präzisieren, daß das Faktum der Kontrolle einer staatlichen Gewalt durch die andere gebietet, keine fiktiven Vorgänge zum Gegenstand der Kontrolle zu machen[3].

Schließlich bezweckt der Untersuchungsgrundsatz auch die Herstellung der "Waffengleichheit" unter den Parteien[4]. Die Unterlegenheit des Klägers besteht nicht nur in der bereits erwähnten juristischen Hinsicht, sondern auch darin, daß die Verwaltungsbehörden regelmäßig sich kraft hoheitlicher Machtausübung ein so umfangreiches Tatsachenmaterial ver-

---

1) Ebenso Jesch, AöR 82 (1957), 163 ff. (247)

2) Vgl. Menger, Staatsbürger und Staatsgewalt II, 427 ff. (434)

3) Ule StuB S. 5/6 hält dieses für den einzigen Rechtfertigungsgrund des Untersuchungsgrundsatzes. Im DVBl 1954, 137 ff. (140) betrachtet er allerdings den Untersuchungsgrundsatz als Korrelat zum fehlenden Anwaltszwang.

4) Menger, Staatsbürger und Staatsgewalt II, 427 ff. (434); Maetzel NJW 1966, 520; Lüke JuS 1961, 41 ff. (43); Martens StuW 1967, 369 ff. (375)

schaffen können, wozu der Kläger nicht in der Lage ist. Der Kläger ist Angreifer, gegen den sich die Behörde unter Einsatz von Macht zur Wehr setzen kann, so daß der Kläger geschützt werden muß. Freilich gilt dieser Gesichtspunkt nur bedingt, denn viele Vorgänge, die öffentlich-rechtliche Rechtsfolgen nach sich ziehen, spielen sich derart in der Sphäre des Bürgers ab, daß hinsichtlich der Kenntnis der Tatsachen der Bürger der Verwaltung überlegen ist und er sich aus eigener Kraft zur Wehr setzen kann. Er kennt die ihm ungünstigen Sachverhalte ebenso wie die günstigen und wird das Schwergewicht naturgemäß auf das Vorbringen der günstigen Umstände konzentrieren.

§ 22 Die Mitwirkung der Beteiligten als allgemeiner Grundsatz

I § 103 SGG

Ergeben sich auch aus dem Unterschied zwischen Untersuchungs- und Verhandlungsgrundsatz eine Reihe bedeutungsvoller Unterschiede (Bindung an Geständnisse, Versäumnisurteil)[1], so ist dieser Unterschied bei der Beweiserhebung in der Praxis indes nicht allzu groß, lediglich die Vernehmung von Zeugen darf im Zivilprozeß nicht von Amtswegen erfolgen. Die Geltung des Untersuchungsgrundsatzes will und kann auch nicht bedeuten, daß das Gericht allein die Tatsachen in den Prozeß einführt. Die Bestimmungen über die Mitwirkung der Parteien bei der Erforschung des Sachverhalts tragen dem Rechnung, daß das Gericht gar nicht in der Lage ist, ohne nähere Angaben der Beteiligten sinnvolle Ermittlungen über einen Sachverhalt anzustellen, der eine Behörde möglicherweise zu rechtswidrigen Maßnahmen veranlaßt hat[2]. Während VwGO und FGO in den entsprechen Vorschriften über den Untersuchungsgrundsatz die Heranziehung der Beteiligten ausdrücklich vorsehen, fehlt in § 103 SGG ein derartiger Satz. Da sich jedoch im SGG wie in den beiden anderen Gesetzen zahlreiche Vorschriften finden, die eine solche Mitwirkung voraussetzen (z.B. §§ 112 Abs. 2, 106 Abs. 1 SGG), kann das einen inhaltlichen Unterschied nicht bedeuten[3]. Auch der Grundsatz

---

1) Vgl. § 21 unter I

2) Ebenso Haueisen, NJW 1966, 764/765; Wilke S. 225

3) Ebenso Haueisen, NJW 1966, 764/765; Wilke S. 225

des rechtlichen Gehörs (Art. 103 GG) enthält das Moment der Parteiaktivität bei der Aufklärung des Sachverhalts. Bei den späteren Gesetzen handelt es sich daher lediglich um deutlichere Formulierungen.

II Allgemeine Mitwirkungspflicht der Beteiligten

Problematisch und umstritten ist jedoch, ob und in welchem Verfahren sowie in welchem Umfang die Parteien auch zur Mitwirkung bei der Ermittlung des Sachverhalts verpflichtet sind oder gar eine subjektive Beweislast besteht. In der Literatur wird das Bestehen einer solchen Mitwirkungspflicht häufig bejaht[1]. Von einer Mitwirkungspflicht kann aber nur dann gesprochen werden, wenn deren Verletzung durch die Prozeßgesetze sanktioniert ist. Auszuscheiden haben daher die Nachteile, die die Parteien auf Grund der Beweislastverteilung erleiden können, wenn das Gericht zu keiner vollen Überzeugung gelangt und die vorhandenen, ev. lückenhaften Feststellungen zu ihren Ungunsten verwertet. Auszuscheiden als Sanktion hat aber auch der Ausschluß der Rüge in der Revision, das Gericht habe den Sachverhalt nicht ordnungsgemäß aufgeklärt[2]. Der Betreffende trägt diese Nachteile nicht als "Strafe" dafür, daß er sich zu passiv verhalten hat, sondern allein deswegen, weil er das Risiko trägt, daß das Gericht bei ungenügender Mitwirkung ihm günstige Umstände nicht würdigen kann, ihm keine entsprechenden Hinweise geben und keine Stellung von zweckmäßigen Anträgen anregen kann, was sich in einer belastenden Entscheidung auswirken kann[3]. Insofern handelt es sich daher bei der Mitwirkungspflicht im Sinne der zitierten Vorschriften um eine Obliegenheit. Von einer prozessualen Pflicht ist vielmehr nur dann zu sprechen, wenn das Gericht deren Befolgung mit prozessualen Mitteln durchsetzen kann, z. B. durch Verhängung von Ordnungsstrafen, wie bei Zeugen oder beim Ausbleiben von Beteiligten trotz Anordnung des persönlichen Erscheinens[4], oder durch Präklusion

---

1) Baur, Rechtsschutz im Sozialrecht S. 35 ff. (44); Menger, ebenda S. 145 ff. (148) m.w.N.; Lüke, JZ 1966, 587 ff. (590) am weitesten Maetzel, DÖV 1966, 520, 525, es bleibe weiterhin Aufgabe der Parteien, die erheblichen Tatsachen in dem Prozeß einzuführen.

2) So das BVerwG v. 8.4.1963, DÖV 1963, 886

3) BVerwG 19, 87 (94) (v. 8.7.1964), zustimmend Bachof VVV III Nr. 188

4) Dabei besteht keine Pflicht zur Aussage § 95 Abs. 1 S. 2 u. 3 VwGO; § 80 Abs. 1 S. 2 u. 3 FGO, § 111 SGG

und Säumnisfolgen wie im Zivilprozeß[1]. Freilich weisen einige neuere Gerichtsentscheidungen in diese Richtung, wenn es heißt, daß die Pflicht des Gerichts einer Erforschung des Sachverhalts dort aufhöre, wo die Mitwirkungspflicht der Parteien beginnt[2]. Das würde konsequentermaßen auch bedeuten müssen, daß ein Gericht trotz bestehender Erkenntnismöglichkeit schon allein deshalb von einer Beweisaufnahme absehen könnte, weil eine Partei sich nicht an der Erforschung des Sachverhalts beteiligt hat. In dieser Allgemeinheit ist der Satz, der praktisch eine Behauptungslast der Parteien begründet, jedoch mit dem Untersuchungsgrundsatz unvereinbar, der gerade besagt, daß das Gericht den Sachverhalt unabhängig von den Parteien von Amtswegen erforscht[3]. Richtig ist an dem Satz nur, daß das Parteivorbringen insofern Einfluß auf die Ermittlungstätigkeit des Gerichts hat, als sich hieraus häufig erst ergibt, was noch sinnvollerweise zu ermitteln ist, doch muß das Gericht über die Mithilfe der Beteiligten hinaus auch selbständig ermitteln, wenn es dazu Anlaß hat[4]. Diese Grundsätze gelten jedoch für alle Verfahren der Verwaltungsgerichtsbarkeit gleichermaßen.

III Mitwirkungspflicht nach § 92 SGG ?

Es liegt jedoch nahe, die §§ 82 Abs. 1 VwGO und 65 Abs. 1 FGO, wonach die Klage den Kläger, den Beklagten und den Streitgegenstand bezeichnen muß, und § 92 SGG, wonach diese angegeben sein sollen, eine unterschiedliche Regelung der Mitwirkungspflichten der Parteien bei der Aufklärung des Sachverhalts zu entnehmen. Ohne daß es in diesem Zusammenhang auf die Auseinandersetzung um den Begriff des Streitgegenstandes ankommt, gehört dazu jedenfalls ein gewisser Grundbestand an Tatsachen, ein "Sachverhaltskern", der in Beziehung zum gestellten Antrag steht[5]. Fehlt bei einer verwaltungs- oder finanzgerichtlichen Klage

---

1) Wilke tritt de lege ferenda für eine Durchsetzung der Mitwirkungspflicht durch Ordnungsstrafen (S. 227 Fn 17) und u.U. Verwerfung der Klage ("Prozeßvoraussetzung" S. 228) ein.

2) BVerwG v. 6.12.1963, DVBl 1964, 192; BSG v. 14.9.1959 SozR SGG § 103 Nr. 3, zustimmend Lüke JZ 66, S. 90; Wolff StuB III S. 390; Ziemer-Birkholz § 81 Rn 24, nur hinsichtlich der Ermittlungen zugunsten des Steuerpflichtigen limitiert dessen Mitwirkung die Ermittlungspflicht des Gerichts.

3) Ablehnend auch Bettermann 46 DJT Bd. II, E S. 26 ff. (33), Eyermann-Fröhler § 86 Rn 3; Menger VerwArch 55 (1964) 388/389

4) Ebenso Ule § 86 Anm. I 2 und die Klarstellung des BVerwG in Bd. 19, 87 (94), a.A. aber Maetzel DÖV 1966, 520, 525

5) Baur, Rechtsschutz im Sozialrecht S. 35 ff. (44)

die Angabe des Streitgegenstandes und ergänzt der Kläger auf einen entsprechenden Hinweis seine Klage nicht, so kann das Gericht die Klage mangels Ordnungsmäßigkeit als unzulässig abweisen[1]. Dieses ist insoweit dem Sozialgericht verwehrt, weil die Angabe des Streitgegenstandes nicht zwingenden Rechts ist. Trägt der Kläger demnach keinen Sachverhaltskern vor, so können nur die allgemeinen Verwaltungs- und die Finanzgerichte die Klage als unzulässig abweisen. Baur zieht hieraus den Schluß, nur im Sozialgerichtsprozeß gelte der "reine" Untersuchungsgrundsatz, während sonst die Beteiligten eine echte Behauptungslast, eine subjektive Beweislast trügen[2].

Abgesehen davon, daß der Kläger wohl nie auf die Angabe des Streitgegenstandes und des dazugehörenden Sachverhaltskerns verzichten wird, so daß die praktische Bedeutung dieser angeblichen Abweichung nicht ins Gewicht fällt, muß noch folgendes gesagt werden: Alle drei Verfahrensgesetze enthalten übereinstimmend als Zulässigkeitsvoraussetzung einer Anfechtungs- und Verpflichtungsklage die Behauptung einer rechtlichen Beschwer (§ 42 Abs. 2 VwGO, § 40 Abs. 2 FGO, § 54 Abs. 1 S. 2 SGG), das Rechtsschutzbedürfnis in Gestalt der sog. Klagebefugnis. Hierzu kann aber eine bloße Verbalbehauptung nicht ausreichen, denn sonst könnte der Sinn dieser Voraussetzung, nämlich der Ausschluß der Popularklage, durch einen weiteren kleinen Satz in der Klage ohne weiteres überspielt werden. Vielmehr gehört zu der Behauptung, kein quivis ex populo zu sein, auch das Vorbringen von Tatsachen, die - ihre Richtigkeit unterstellt - den Schluß zulassen, daß im Fall der Begründetheit der Klage eine Rechtsverletzung gerade des Klägers vorliegt[3]. Hierdurch muß übereinstimmend ein Sachverhalt in den Prozeß eingeführt werden, der den in der VwGO und der FGO enthaltenen Anforderungen auch an die Angabe des Sachverhaltskerns beim Streitgegestand genügt. Entsprechendes gilt für die Feststellungsklage, für deren Zulässigkeit der Kläger ein Rechtsschutzinteresse geltend machen muß, und für den Fall des § 54 Abs. 3 SGG, wo die Behörde behaupten muß, in ihrer Autonomie verletzt zu sein. Ferner ist die Angabe des

---

1) Redeker v. Oertzen § 82 Rn 4

2) a.a.O., S. 45

3) Bachof VVV Teil II S. 202; Eyermann-Fröhler § 42 Rn 84, 85; Redeker v. Oertzen § 42 Rn 14, 15

Streitgegenstandes nicht Ausfluß des Untersuchungs- bzw. Verhandlungsgrundsatzes, sondern der Dispositionsmaxime[1]. Durch die Angabe des Streitgegenstandes steckt der Kläger nämlich die Grenzen des Rechtsstreits ab. Seiner Verfügung unterliegt es, in welchem Umfang er sein Recht zugesprochen zu haben wünscht und in welchem Rahmen das Gericht zu ermitteln hat. Daß er hierzu auch Tatsachen einführen muß, ist nur eine notwendige Voraussetzung, denn sonst weiß das Gericht gar nicht, worüber es eigentlich entscheiden soll, mit der Folge, daß die Klage unzulässig ist. Es gilt im übrigen für den Zivilprozeß, daß die Verletzung der subjektiven Beweislast, also die mangelnde Substantiierung, Abweisung wegen fehlender Begründung zur Folge hat, nicht wegen Unzulässigkeit. Die Tatsache, daß zur Zulässigkeit einer Verwaltungsklage jeder Art auch das Vorbringen eines Tatsachenkerns gehört, berechtigt zwar zu dem Schluß, daß es im Verwaltungsprozeß i.w.S. eine Behauptungs- oder subjektive Beweislast gibt, nicht aber dazu, daß dieses auch eine Einschränkung des "reinen" Untersuchungsgrundsatzes bedeutet, weil es auch Tatsachen vorzubringen gibt, welche zum "Dispositionsgrundsatz" gehören und den Untersuchungsgrundsatz überlagern.

Es ist demgemäß festzuhalten, daß durch den abweichenden Gesetzestext in § 92 SGG keine inhaltliche Abweichung hinsichtlich der prinzipiellen Geltung des Untersuchungsgrundsatzes gesehen werden kann[2].

Im übrigen beruht die Fassung des Wortlauts von § 92 SGG auf falsch verstandener Rücksichtnahme auf die Ungewandtheit der Kläger[3].

IV Behauptungslast der Steuerpflichtigen?

Die Geltung des Untersuchungsgrundsatzes wird im Finanzprozeß dadurch in Frage gestellt, daß die FGO gewisse Nachweispflichten der Steuerpflichtigen aus der AO übernommen hat. So muß der Steuerpflichtige die Absetzung von Schulden bei der Feststellung der Höhe eines Vermögens oder einer Erbschaft durch Benennung des Gläubigers bezeichnen, oder bei der Absetzung von Betriebsausgaben und Werbungskosten muß er den Empfänger

---

1) Bettermann, 46. DJT Bd. II Teil E S. 26 ff. (31), Tietgen, ebenda, Bd. I Teil 2 B S. 26, 27

2) Ebenso Bachof JZ 1966, 308; Haueisen NJW 1966, 764 (765), De With (S. 100) fordert die Angabe des Sachverhalts als Sollvorschrift, worin der Streitgegenstand bereits enthalten sei.

3) Vgl. oben § 5 III

angeben (§ 96 Abs. 1 FGO, § 205 a AO). Ferner hat der Steuerpflichtige auf Verlangen die Richtigkeit seiner Steuererklärung nachzuweisen (§ 76 Abs. 1 S. 4 FGO, § 171 Abs. 1 S. 1 AO). Teilweise wird dieses für eine Beweisführungslast des Klägers gehalten[1]. Die Folge wäre, daß das Gericht diese Faktoren allein schon deshalb nicht berücksichtigen darf, weil der Kläger sie nicht substantiiert hat[2]. Der Wortlaut zwingt allerdings keineswegs zu dieser Auslegung, denn es kann damit auch nur die oben gekennzeichnete Mitwirkungspflicht näher konkretisiert sein. Gegen diese Auffassung spricht der Gesetzestext, wonach der Kläger diese Angabe nur auf Verlangen des Finanzamts resp. Gerichts zu machen braucht. Das kann aber nicht anders heißen, als daß das Gericht die gewünschten Absetzungen auch ohne die entsprechenden Angaben des Steuerpflichtigen machen darf. Daraus ergibt sich aber eindeutig, daß diese Vorschriften allein die Beweistätigketi des Steuerpflichtigen aktivieren wollen, daß die Beweiserhebung durch das Gericht aber unabhängig davon erfolgt. Die Verletzung dieser "Pflichten" wirkt sich, wenn der Steuerpflichtige die geforderten Angaben nicht macht, im Wege der Beweiswürdigung[3] in der Weise aus, daß das Gericht diese Posten von der Steuer nicht absetzen wird[4].

Diese Auslegung wird auch dadurch bestätigt, daß die Förderungspflichten nach der AO genau den sonstigen Förderungspflichten des Verwaltungsrechts entpsrechen[5], die sich lediglich auf die Verteilung der objektiven Beweislast auswirken[6]. Da die Verteilung der objektiven Beweislast eine Frage des materiellen Rechts ist, ist die Übernahme dieser abgabenrechtlichen Vorschriften in die FGO wie alle Vorschriften der obj. Beweislast in den Prozeßordnungen überflüssig und systemwidrig.

---

1) Bettermann, 46 DJT Bd. II Teil E S. 26 ff. (37); Ziemer-Birkholz § 96 Rn 39

2) So ausdrücklich Bettermann a.a.O., S. 43, These 4

3) Bezüglich § 205 a AO ebenso Messmer, BB 1962, 145 (152, Fn 90)

4) Ebenso Martens, StuW 1967, 369 ff. (381, 382); der Steuerprozeß werde sich bei Versäumung der Mitwirkung wie ein Zivilprozeß abspielen.

5) Tietgen, a.a.O., S. 32 ff.

6) Menger, Rechtsschutz i. Sozialrecht S. 145 ff. (150/151) spricht hier von einer Beweisführungslast, die die Amtsaufklärung nicht außer Kraft setze, das Gericht sei aber von einer Aufklärungs"pflicht" befreit. Abgesehen davon, daß es sich dann im Ergebnis nicht um eine "Beweisführungslast" handelt, ist zu berücksichtigen, daß es sich in diesen Fällen um Normbegünstigungen handelt, hinsichtlich derer nach den Regeln der obj. Beweislast eine erhöhte Initiative des Klägers erwartet wird. In ähnlicher Weise interpretiert auch Maetzel DÖV 1966, 320 den Untersuchungsgrundsatz als Nichtgeltung des Verhandlungsgrundsatzes.

Die gleiche Feststellung ist hinsichtlich der Übernahme des § 208 AO in § 96 Abs. 1 FGO zu treffen. Diese Vorschrift regelt den Beweiswert der Geschäftsbücher und einer ordnungsgemäßen Buchführung. Die hier getroffenen Beweisvermutungen brauchen aber im Einzelfall nicht angewendet zu werden. Der Beweiswert von Gegenständen kann dabei auch im Verwaltungsverfahren nicht anders sein als im Gerichtsverfahren. Die amtliche Begründung[1] rechtfertigte die Aufnahme der §§ 205 a und 208 AO mit der Befugnis der Gerichte, den Steuerbetrag auch anderweitig festzusetzen. Die hierzu erforderliche Aufklärungstätigkeit der FGe wird dadurch aber nicht erweitert, weil den FGen lediglich gesagt wird, was sie ohnehin zu beachten hätten[2].

§ 23 Die besonderen Mitwirkungspflichten der Steuerpflichtigen

I Positive Rechtslage

Im Gegensatz zu den anderen Zweigen der Verwaltungsrechtsprechung sind im Finanzprozeß den Steuerpflichtigen, in aller Regel also den Anfechtungsklägern, echte Mitwirkungspflichten auferlegt, indem die FGO in § 76 Abs. 1 S. 4 gewisse in der AO enthaltene Aufklärungs- und Nachweispflichten für entsprechend anwendbar erklärt. Im einzelnen handelt es sich dabei um folgende Pflichten: Wenn der Steuerpflichtige nicht aus dem Gedächtnis aussagen kann, kann das Finanzgericht verlangen, daß er seine Geschäftsbücher und sonstige Unterlagen einsieht und Aufzeichnungen entnimmt. Auf Verlangen muß er steuerlich relevante Aufzeichnungen, Bücher, Geschäftspapiere und Urkunden zur Einsicht vorlegen (§ 171 AO) und Abschriften seiner Handelsbücher einreichen (§ 172 AO). Schließlich dürfen die Finanzrichter auch Grundstücke und Räume des Steuerpflichtigen betreten sowie die Vorlegung von Wertsachen und die Gewährung von Einsicht in Behältnisse verlangen (§ 173 AO).

---

1) Zu § 94 Abs. 1 BT-Drs. IV/1446

2) Für eine Abschaffung dieser Verweisungen auch Bettermann, a.a.O., S. 43, offenbar auch Martens a.a.O.

Selbstverständlich sind die hier aufgeführten Maßnahmen auch in den übrigen Verfahren im Rahmen einer Ortsbesichtigung, einer sonstigen Augenscheinseinnahme oder eines Urkundenbeweises zulässig und können zu diesem Zwecke vom Gericht angeordnet werden. Das Gericht kann aber diese Maßnahmen, wenn sich der Betreffende weigert, nicht zwangsweise durchsetzen, sondern nur im Rahmen der Beweiswürdigung berücksichtigen oder die Auswirkungen auf die materielle Beweislast berücksichtigen[1]. Die Finanzrichter dürfen Grundstücke aber auch ohne Zustimmung der Steuerpflichtigen betreten[2] und die Vorlage von Urkunden kann mit den gleichen Mitteln erzwungen werden, wie das Erscheinen eines unentschuldigt ausbleibenden Zeugen (§ 89 FGO i.V.m. § 380 ZPO), also durch Auferlegung der durch die Weigerung entstandenen Kosten, einer Ordnungsstrafe in Geld oder sogar einer Haftstrafe, die zur Erzwingung des persönlichen Erscheinens nicht zulässig ist. Die übrigen hier aufgeführten Maßnahmen unterliegen jedoch keiner speziellen Sanktion zur Durchsetzung, so daß die gleichen Feststellungen wie zur allgemeinen Mitwirkungslast zu treffen sind[3]. Freilich fallen die wichtigsten steuerlichen Beweisstücke, Handelsbücher und Quittungen unter den Urkundenbegriff, so daß das Gericht immer die Möglichkeit hat, deren Vorlage zwangsweise durchzusetzen.

Der Gesetzgeber hat diese Besonderheit des finanzgerichtlichen Verfahrens bewußt in die FGO aufgenommen. Die Unabweisbarkeit hierfür und aller Aufklärungsmaßnahmen, die über den Rahmen der in der VwGO zugelassenen hinausgehen, ist in der Regierungsvorlage wie folgt begründet[4]:

---

1) Die in §§ 422, 429 ZPO genannten Fälle (Anspruch auf Herausgabe von Urkunden) können in diesem Zusammenhang unberücksichtigt bleiben.

2) Die Bedenken Tipkes (DStR 1967, 79) gegen die Vereinbarkeit dieser Vorschrift mit Art. 13 Abs. 3 GG dürfen angesichts der ganz überwiegenden Auffassung, daß auch über den Rahmen des Art. 13 Abs. 3 GG hinaus in die Unverletzlichkeit der Wohnung eingegriffen werden darf, gegenstandslos sein.

3) Keine Sanktionen gewährt die FGO insbesondere zur Vorlage von Wertgegenständen. Auch eine zwangsweise durchzusetzende Öffnung von Behältnissen, also insbesondere Tresoren, kommt nicht in Betracht, da § 202 AO, der eine derartige Sanktion enthält, in der FGO nicht für entsprechend anwendbar erklärt ist. Die gewaltsame Öffnung eines Tresors z. B. bedeutet einen zusätzlichen Eingriff in das Eigentum, der einer Rechtsgrundlage bedarf und von der Ermächtigung zur Einschränkung der Unverletzlichkeit der Wohnung nicht gedeckt ist.

4) BT-Drs. IV/1446 Allgem. Teil C V 3 (S. 38), ferner zu § 74

> "Ein Mehr an Befugnissen für die Finanzgerichte würde zu einer möglichst zu vermeidenden übermäßigen Inanspruchnahme der Finanzgerichte durch die Verwaltungsbehörden führen. Ein Weniger würde der Stellung der Finanzgerichte im Verhältnis zur Finanzverwaltung nicht entsprechen."

Von dieser Begründung, die also eine Akzessorietät der Ermittlungsbefugnisse des Gerichts an die der Verwaltung fordert, und die sich auf alle Sonderbefugnisse der Finanzgerichte, also auch auf die Mitwirkungspflichten Dritter und die Schätzung durch die Finanzgerichte bezieht, hat jede Kritik auszugehen. Im Hinblick auf die Allgemeinheit der Begründung hat auch die Kritik auf allgemeiner Grundlage zu beginnen.

II Kritik

1) Verwaltungsakzessorische Ermittlungsbefugnisse in der Verwaltungsgerichtsbarkeit

a) Weitergehende Befugnisse der Gerichte?

Zunächst heißt es, daß die Ermittlungsbefugnisse der Finanzgerichte nicht weiter gehen dürfen als die der Finanzbehörden. Die Begründung, nämlich die Vermeidung einer "übermäßigen Inanspruchnahme der Finanzgerichte durch die Verwaltungsbehörden", darf allerdings nicht wörtlich verstanden werden, da im allgemeinen nur Bürger die Verwaltungsgerichte anrufen dürfen. Die wenigen Fälle, in denen auf der Klägerseite ein Träger öffentlicher Gewalt steht, rechtfertigen diese Begründung nicht.

Aus anderen Überlegungen leuchtet es jedoch ein, daß die Ermittlungsbefugnisse der Finanzgerichte nicht weiter gehen dürfen als die der Verwaltung. Die Finanzverwaltung kann die ihr obliegende Aufgabe der Erhebung der Steuern nur dann wirkungsvoll erfüllen, wenn sie die tatsächlichen Verhältnisse, die die Höhe einer Steuerschuld bestimmen, möglichst weitgehend ermitteln oder wenigstens die Angaben in den Steuererklärungen optimal nachprüfen kann. Gehen die Befugnisse der

Gerichte in dieser Richtung aber weiter, wird die Verwaltung nach der resignierten Feststellung, daß die tatsächlichen Verhältnisse anderenorts doch besser erfaßt werden können, dazu übergehen, übermäßig hohe Steuern festzusetzen und bei einer hierauf zu erwartenden Klage die Feststellung der Besteuerungsgrundlagen ganz den Gerichten überlassen und sich damit ihrer Aufgabe entledigen. Dieser Gesichtspunkt ist jedoch nicht spezifisch steuerrechtlicher oder finanzprozessualer Natur. Er muß vielmehr für das Verhältnis der Verwaltung zur Gerichtsbarkeit allgemein gelten[1], was die bestehenden Verfahrensgesetze in der Tat auch bestätigen. Zwar hat die Verwaltung eine Befugnis zur Abnahme von Eiden und eidesstattlichen Versicherungen im Bereich der allgemeinen Verwaltung nur in Ausnahmefällen, ebenso steht es mit der Pflicht zum Zeugnis und der Erstattung eines Gutachtens. Die Gerichte haben insofern also weitergehende Befugnisse. Hiervon kann aber abgesehen werden, weil die Verwaltung in der Regel auf diese Befugnisse verzichten kann, weil sie die Tatsachen selbst wahrnehmen, beurteilen oder unterstellen kann. Wo ein wirkliches Bedürfnis der Verwaltung für die Ausübung dieser Befugnisse besteht, hat der Gesetzgeber Vorsorge getroffen, sei es, daß die Behörde selbst eidesstattliche Versicherungen abnehmen darf[2], sei es, daß sie eine richterliche Vernehmung und Beeidigung veranlassen darf, wenn sie das zur Ermittlung für erforderlich hält[3]. Bisher ist der geltende Zustand nur selten als Mangel empfungen worden. Im Hinblick auf eine künftige Kodifizierung des allgemeinen Verwaltungsverfahrens wird es allerdings unterschiedlich beurteilt, ob die jetzige Regelung beibehalten werden soll[4]. Jedenfalls ist deutlich geworden, daß die Notwendigkeit zu umfassender Sachverhaltsaufklärung sich für alle Zweige der Verwaltung im Verhältnis zur Justiz gleichermaßen stellt.

---

1) Ebenso Becker, Verwaltungsverfahren im Rechtsstaat, S. 173

2) Vgl . z. B. § 5 PStG; § 105 BBauG

3) Vgl. z. B. § 16 Abs. 3 BVFG, § 20 ErsatzdienstG, § 19 Abs. 4 WPflG; bemerkenswert § 4 VereinsG, wonach die Vernehmung durch das zuständige VerwG zu erfolgen hat.

4) Bejahend: § 18 EVwVerfG 1963; verneinend Ule-Becker S. 36, Sachverständigenkommission für die Vereinfachung der Verwaltung beim Bund, Bericht S. 200. Die Zurückhaltung bei der Ausstattung der Behörden mit der Befugnis zur Abnahme von Eiden gründet sich weniger auf "psychologische" (so aber Becker, Verwaltungsverfahren im Rechtsstaat, S. 174) Erwägungen, als darauf, daß der Gesetzgeber der Eidesflut überhaupt Einhalt gebieten will.

b) Weitergehende Befugnisse der Verwaltung

Es liegt nahe, auch die zweite These, wonach es einzig der Stellung der Finanzgerichte entsprechen soll, daß ihre Ermittlungsbefugnisse nicht geringer als die der Finanzverwaltung sind, auf einen allgemeinen Satz zurückzuführen des Inhalts, daß die Stellung der Gerichtsbarkeit zur Verwaltung weitergehende Ermittlungsbefugnisse der Verwaltung verbietet, oder positiv ausgedrückt, daß die Ermittlungsbefugnisse der Gerichte denen der Verwaltung akzessorisch sein müssen.

Schon eine kurze Orientierung in den Gebieten der allgemeinen Verwaltung lehrt jedoch, daß die Behörden häufig mit Zwangsbefugnissen zur Feststellung von tatsächlichen Umständen ausgestattet sind, wie sie den Gerichten fehlen. Nach § 3 SOG darf die Polizei in Wohnungen eindringen, wenn eine dringende Gefahr vorliegt. Die Gewerbepolizei darf bei bestimmten Anlagen sich selbst eine Zugangsmöglichkeit verschaffen und Unterlagen anfordern (§ 24 b GewO). Die Apothekenaufsichtsbehörde darf Besichtigungen von Apotheken vornehmen, Proben entnehmen, Einsicht in Behältnisse nehmen und dieses zwangsweise durchsetzen, wenn sie darangehindert wird (§§ 18, 19 ApothG). Ähnliche Vorschriften finden sich für die Gesundheitspolizei und für die Gebiete, wo die Verwaltung auch Überwachungsfunktionen wahrnehmen muß, wenn sie ihre Aufgaben sinnvoll erledigen will[1]. Kommt es nun zum Prozeß und erklärt sich ein Beteiligter oder ein Zeuge mit einer derartigen Beweisaufnahme nicht einverstanden, hat das Gericht keine Möglichkeit zu einer zwangsweisen Durchsetzung.

Für die Gebiete der Leistungsverwaltung lassen sich derartige Beispiele nicht anführen, weil sich die Frage, welche Zwangsmittel zur Erforschung des Sachverhalts angewendet werden können, hier gar nicht stellt. Wer eine Leistung beansprucht, hat ein Interesse daran, daß die Behörde alle ihm günstigen Umstände erfährt und wird daher von sich aus genügende Aktivität entfalten. Leistet er Anordnungen nicht Folge, muß er damit rechnen, daß eine ihm ungünstige Entscheidung ergeht und die Behörde die begehrte Leistung ablehnt oder das Gericht die Klage abweist.

Mit den Beispielen aus der Eingriffsverwaltung mag es daher sein Bewenden haben, zumal das Steuerrecht, was hier zu behandeln ist, primär Eingriffsrecht ist.

---

1) Vgl. §§ 10, 32 BSeuchG, § 10 LebensmittelG, § 44 AWG, § 14 KriegswaffenG, § 21 WHG

Aus den genannten Beispielen ist hervorgegangen, daß ein allgemeiner Grundsatz der Akzessorietät der Ermittlungsbefugnisse der Gerichte an die Verwaltung aus dem positiven Recht nicht zu begründen ist. Rechtspolitische Forderungen dieses Inhalts sind bisher noch nicht verlautet. Es ist daher erlaubt, von der allgemeinen Basis abzukehren und hier von einer echten finanzprozessualen Besonderheit auszugehen.

2) Behördenakzessorische Ermittlungsbefugnisse der Finanzgerichte

a) Stellung der Finanzgerichte

Es muß nunmehr der Frage nachgegangen werden, ob und aus welchen Gründen sich eine gegenüber den anderen Zweigen hervorgehobene Stellung der Finanzgerichte zur Finanzverwaltung ergibt.

Die Begründung des Entwurfs beschränkt sich auf den globalen Hinweis auf die "Stellung der Finanzgerichte". Nähere Hinweise darüber, inwiefern und wem gegenüber die Stellung der Finanzgerichte hervorgehoben ist, fehlen auch schon im ersten Entwurf, wo die hier zu behandelnde Begründung im Hinblick auf die Umgestaltung des finanzgerichtlichen Verfahrens erstmalig ausgesprochen wird[1]. Soweit dieser Besonderheit im Schrifttum Aufmerksamkeit geschenkt wird, haben sich bisher nur Bettermann[2] und Schultz[3] kritisch geäußert, sonst wird auf die Begründung des Entwurfs verwiesen[4].

Vom Standpunkt der Ausgestaltung des finanzgerichtlichen Verfahrens nach der AO ist die oben erwähnte Sonderstellung der Finanzgerichte leicht zu erklären. Im wesentlichen war das gerichtliche Verfahren nach der AO als verlängertes Veranlagungsverfahren ausgestaltet[5]. Die Finanzgerichte beschränkten sich auf die justizmäßige Kontrolle der Verwaltung (jedenfalls nach dem Gesetz), das individuelle Rechtsschutzbedürfnis wurde "gleichsam zum Vehikel des öffentlichen Interesses an der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung"[6]. Hiernach übten die Finanzgerichte

---

1) BT-Drs. II/1716, Allgem. Teil, C V 4 (S. 23)

2) Verhandlungen des 46 DJT, Bd. 2 Teil E S. 26 ff. (43)

3) MDR 1966, 31 - 33

4) Kühn, Anm. II a vor der Kommentierung der FGO (S. 617); Ziemer-Birkholz Ein. Rn 39

5) Vgl. § 3 II, Berger, Steuerprozeß S. 244 m.w.N.

6) Niese, JZ 1952, 353 (356)

eine "nur durch die Form des gerichtlichen Verfahrens ausgezeichnete Verwaltungstätigkeit"[1] aus, sie verfuhren in "Fortsetzung der aktiven Verwaltung mit anderen Mitteln"[2], Auffassungen, die im Gegensatz zur Finanzgerichtsbarkeit für die allgemeine Verwaltungsgerichtsbarkeit angesichts der Verwirklichung von Art. 19 Abs. 4, Art. 92 GG schon lange gegenstandslos waren[3]. In der AO kam das schon terminologisch zum Ausdruck in der Bezeichnung der heutigen Klage als "Berufung", durch die der Kläger den Prozeß nur auslösen konnte, auf dessen weiteres Schicksal er aber nur vergleichsweise geringen Einfluß hatte. Die Einlegung der Berufung hatte vollen Devolutionseffekt, das heißt, das Gericht trat an die Stelle des Finanzamts, (§ 244 AO), eine Einrichtung, die durch § 76 Abs. 3 FGO aber ausdrücklich abgeschafft worden ist. Naturgemäß konnten und mußten die Finanzgerichte die Steuerbescheide auch in peius reformieren. Nach 1959 sagte der BFH ausdrücklich, die Finanzgerichte hätten die Steuerbescheide "in Fortsetzung des vom Finanzamt durchzuführenden und durchgeführten Veranlagungsverfahrens zu ändern und demgemäß anderweitig festzusetzen"[4]. Daher war es auch erforderlich, daß die Gerichte zur Wahrnehmung dieser Aufgaben mit den gleichen Ermittlungsbefugnissen wie die Verwaltung ausgestatten waren, wie es ausdrücklich in § 244 AO aF statuiert war.

Mit der Einführung der FGO änderte sich aber die Stellung der Finanzgerichte zur Verwaltung grundlegend. In bewußter Anlehnung an die VwGO ist es ihre einzige Funktion, Rechtsschutz durch Kontrolle der Verwaltung zu gewähren[5]. Die Rechtskontrolle erfolgt jetzt nur noch unter Rechtsschutzgesichtspunkten, nicht aber der "richtigen" Steuerveranlagung, was Aufgabe der Finanzämter ist[6]. Freilich vollzog sich dieser Prozeß der Angleichung der Stellung der Finanzgerichte an die allgemeinen Verwaltungsgerichte zum heutigen Rechtszustand im Verlauf der Gesetzgebungsarbeiten nur nach und nach. Der erste Regierungsentwurf

---

1) Peters, Lehrbuch der Verwaltung, S. 194

2) Loening DV 1949, 85 (89)

3) Seit Einführung der VwGO unbestritten. Zu den gegenteiligen Ansichten vor Erlaß der VwGO Menger, Grundrechte S. 723 (727) Fn 50, System S. 58 - 61, Rumpff VVDStRL 14, 136 (149), Friesenhahn, Festschrift für Richard Thoma S. 21 (48 ff.) Holtkotten, BK Art. 92 Anm. II 1 b

4) BFH 69, 279 (282) v. 4.6.1959; BFH v. 19.12.1952, BStBl 1952 III 63

5) Kruse StuB 244; Kühn II a vor der Kommentierung der FGO

6) Ebenso Martens StuW 1967, 369 ff. (383)

aus dem Jahr 1955 enthielt noch viele Regelungen, die hergebrachte Grundsätze aus der AO übernahmen, in den folgenden 10 Jahren aber getilgt wurden. Genannt seien nur die Zulässigkeit der reformatio in peius[1], die auf die rechtliche Beurteilung und auf die zugrundegelegten Tatsachen beschränkte Rechtskraftwirkung steuergerichtlicher Urteile[2], die Einschränkung des Mündlichkeitsprinzips[3] und die Möglichkeit des Gerichts, bei Ermessensfehlern eigene Ermessenserwägungen anzustellen[4]. Von daher mag die Stellung der Finanzgerichte im ersten Entwurf noch eine besondere gewesen sein, nach der FGO, wie sie Gesetz geworden ist, kann das jedenfalls nicht gesagt werden. Die besonderen Ermittlungsbefugnisse der Finanzgerichte lassen sich daher nicht aus einer gegenüber den anderen Zweigen der Verwaltungsgerichtsbarkeit besonderen Stellung begründen[5].

b) Untersuchungsgrundsatz

Ziemer-Birkholz folgern aus der Geltung des Untersuchungsgrundsatzes, daß die Aufklärungsbefugnisse des Gerichts im Vergleich zur Verwaltung "mindestens ebenso umfassend, wenn nicht weitergehend" sein müßten[6]. Hiergegen ist zunächst festzustellen, daß sie jedenfalls nicht weitergehend sein dürfen, wie bereits ausgeführt wurde.

Im übrigen müßte diese Begründung auch für den Verwaltungs- und Sozialgerichtsprozeß zutreffen, da in ihnen auch die Untersuchungsmaxime gilt, was aber zumindest nach positivem Recht nicht der Fall ist. Außerdem besagt der Untersuchungsgrundsatz nur, daß das Gericht selbst Ermittlungen anstellen muß und nicht an das Parteivorbringen gebunden ist. Damit ist aber noch nicht die Ermächtigung gegeben zur Anwendung bestimmter Mittel zur Durchführung dieser Aufgabe. Das ergibt sich schon aus den sehr

---

1) BT-Drs. II/1716, § 92 Abs. 1 S. 2

2) §§ 91, 98; vgl. auch Berger § 245 Anm. b 1; Tipke-Kruse 1. Aufl. § 222 Rn 7; BFH 61, 27 (v. 3.6.1955) u. BFH 63, 53 (v. 30.6.1956)

3) § 78 Abs. 3

4) §§ 90 - 92, dazu amtl. Begründung

5) Schultz MRD 1966, 31 (32) sieht deshalb in den gesamten Vorschriften noch ein Residuum der alten Vorstellung vom "verlängerten Veranlagungsverfahren", ebenso auch Bettermann, Verhandlungen des 46. DJT Bd. 2 Heft E S. 43

6) Ziemer-Birkholz § 76 Rn 44, ebenso auch offenbar Görg-Müller § 76 Anm. 2 (Rn 392)

unterschiedlichen Ermittlungsbefugnissen innerhalb der Verwaltung, für die ja auch der Untersuchungsgrundsatz gilt. Der Untersuchungsgrundsatz selbst zieht daher noch keine Folgen für die Ausgestaltung der Ermittlungsbefugnisse nach sich.

Es verbleiben damit nur Gründe finanzverwaltungsrechtlicher, also in erster Linie steuerrechtlicher Art, die eine hervorgehobene Stellung der Finanzgerichte bei der Ermittlung von steuerrechtlich erheblichen Tatsachen geboten, zumindest aber zweckmäßig erscheinen lassen.

c) Die Berücksichtigung tatsächlicher Besonderheiten des Steuerrechts

In tatsächlicher Hinsicht zeichnet sich das Steuerrecht gegenüber anderen Materien des öffentlichen Rechts durch seinen breiten Adressatenkreis und die Massenhaftigkeit und Gleichartigkeit der Verwaltungsakte aus. Fast jeder Bürger ist steuerpflichtig und kommt daher ständig mit der Steuerverwaltung in Berührung und in Konflikt, während er mit anderen Zweigen der Verwaltung nur selten oder nie zu tun hat. Unmittelbar hieraus lassen sich jedoch noch keine Folgerungen für die Ausgestaltung des Steuerprozesses ziehen, denn die Zahl der Steuerbescheide, die gerichtlich nachgeprüft werden, ist im Verhältnis zur Zahl der erlassenen Bescheide nur sehr gering. Der Grund liegt in den Hauptfehlerquellen der falschen Berechnung und Flüchtigkeit, Fehler, die auf der notgedrungen oberflächlichen Bearbeitung der Steuererklärungen usw. beruhen und die auf einen Einspruch hin in der Regel beseitigt werden. Vor das FG kommen daher praktisch doch nur echte Streitigkeiten. Wegen der Massenhaftigkeit und Gleichartigkeit der Steuerbescheide werden die Finanzprozesse allerdings häufig zu Musterprozessen mit einer Wirkung, die Millionen von Steuerbrügern treffen kann, man denke nur an die Probleme der Ehegattenbesteuerung, Steuerfreiheiten oder Aktivierung von Ausgaben. Diese dem Finanzprozeß charakteristische, aber auch anderen Verfahren durchaus nicht fremde Breitenwirkung, genannt seien die Verkehrsrechtsprechung oder arbeitsgerichtliche Grundsatzurteile, kann sich jedoch nicht auf die Frage der Ermittlungsbefugnisse der Gerichte auswirken, denn hierbei handelt es sich um die Beurteilung von Rechtsfragen bei massentypischen Sachverhalten.

d) Ermittlungsbefugnisse der Finanzämter

Eine weitere das Steuerrecht kennzeichnende Eigentümlichkeit stellen die vielfältigen Mitwirkungspflichten der Gewaltunterworfenen dar. Der Steuerbürger ist verpflichtet, über seine steuerlichen Verhältnisse Rechenschaft abzulegen, er muß, sofern er die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt, Steuererklärungen abgeben. Hierbei haben auch Dritte weitgehende Mitwirkungsaufgaben. Steuerpflichtige oder Dritte unterliegen vielfältigen Anzeigen- und Buchführungspflichten. Die Steuerverwaltung bedient sich also in erheblichem Umfang der Mitarbeit und Mitverantwortung der Bürger. Zwar muß der Bürger auch auf anderen Gebieten der Verwaltung Anträge stellen, Unterlagen beibringen und Nachweise führen. Hiervon kann sich der Bürger durch Verzicht auf Ansprüche oder Erlaubnisvorbehalte von allgemeinen Verboten weitgehend befreien. Im Steuerrecht hingegen muß der Steuerpflichtige selbst das ihn belastende Material zusammentragen, er muß die Initiative zum Eingreifen der Verwaltung in seine Rechte ergreifen. Diese Art Arbeitsteilung rechtfertigt aber noch nicht ihre Geltung auch im Gerichtsverfahren, denn sie besteht zunächst allein im Interesse der staatlichen Steuererhebung, also zu einem Zweck, dessen Verwirklichung zum Aufgabenbereich der Verwaltung gehört.

Nun tragen die vielfältigen Mitwirkungspflichten der Bürger, mit denen die Ermittlungsbefugnisse der Finanzämter korrespondieren, der starken Verborgenheit der steuerlich relevanten Vorgänge Rechnung, einem Umstand also, der auch für die Tätigkeit der Finanzgerichte Bedeutung hat. Zollangelegenheiten und das Halten von Kraftfahrzeugen sind für die Augen der Finanzverwaltung sichtbar; die wichtigsten Tatbestandsverwirklichungen jedoch, die eine Steuerpflicht nach sich ziehen, geschehen allein in der Sphäre der Steuerpflichtigen, z. B. der Erwerb von Einkommen, Herstellung und Umsatz von Waren, Dienstleistungen oder der Bestand eines Vermögens.

Die meisten steuerlich relevanten Sachverhalte sind den Augen der Finanzgerichte jedoch ebenso verborgen wie denen der Behörde. Es liegt daher der Schluß nahe, auch die Finanzgerichte müßten, um überhaupt arbeiten zu können, die Möglichkeit haben, sich zwangsweise die Kenntnis

der steuerlich erheblichen Tatsachen zu verschaffen. Andernfalls wären sie nicht in der Lage, den beanstandeten Steuerbetrag richtig festzusetzen. Statuiert man jedoch als notwendige Aufgabe der Finanzgerichte, die Besteuerunngsgrundlagen umfassend und richtig festzustellen, um daraus den richtigen Steuerbetrag ablesen zu können, so bedeutet das nichts anderes als daß die Finanzgerichte dem Legalitätsgrundsatz unterliegen, worin eine weitere das Steuerrecht vor anderen Gebieten des Verwaltungsrechts auszeichnende Eigenschaft liegt.

e) Das Legalitätsprinzip

aa) Bedeutung

Dem Legalitätsprinzip kommt im Steuerrecht eine überragende Bedeutung zu. Einerseits zwingt es die Finanzbehörden, die dem Staat zustehenden Steueransprüche durchzusetzen und damit die zur Wahrnehmung der übrigen staatlichen Aufgaben notwendigen Mittel heranzuschaffen. Andererseits ist es das Hauptmittel zur Behauptung des Grundsatzes der Gleichheit und Gleichmäßigkeit der Besteuerung, dient also zugleich der materiellen Gerechtigkeit. Durch die Steuergesetze werden daher die Finanzbehörden nicht nur zu Eingriffen ermächtigt, womit dem Grundsatz des Gesetzesvorbehalts ensprochen ist, sondern die Behörden werden auch verpflichtet, die kraft Gesetzes entstandenen und sich in der Höhe daraus ergebenden Steueransprüche des Staates geltend zu machen und durchzusetzen. Der Begriff Legalitätsprinzip ist freilich im Steuerrecht nicht eingebürgert, die Komponente der Eingriffspflicht wird hier vielmehr synonym mit dem "Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung" bezeichnet. Da im allgemeinen Verwaltungsrecht hierunter jedoch in erster Linie der Grundsatz des Gesetzesvorbehalts verstanden wird[1], erscheint zur Verdeutlichung dieser Besonderheit die Einführung des Begriffs Legalitätsprinzip in der dem Strafprozeß gleichenden Bedeutung angebracht[2].

---

1) Hierbei handelt es sich noch um einen Restbestand der frühliberalistischen Auffassung von der Rechtsbindung der Verwaltung, wonach Gesetze lediglich die "Schranken des Dürfens" setzen, vgl. Fleiner, S. 7, Forsthoff, S. 5/6.

2) Auch Kruse, vom Rechtsschutz im Steuerrecht S. 93 ff. (129), der sich mit besonderer Betonung für eine Auffassung des Steuerrechts als Verwaltungsrecht einsetzt und terminologische Klarstellungen fordert, gebraucht den Begriff des Grundsatzes der Gesetzmäßigkeit in diesem doppelten Sinn.

Das Steuergesetz ist also nicht nur Schranke, sondern auch Antrieb des Verwaltungshandelns. Ein Ermessen gibt es im wesentlichen nur hinsichtlich der Frage, welcher von mehreren Gesamtschuldnern in Anspruch genommen werden soll (§ 7 Abs. 3 StAnpG) und wie ein Anspruch durchgesetzt werden soll. Aber auch das Legalitätsprinzip gibt noch keine Zwangsbefugnisse für die Sammlung von Tatsachenmaterial. Hierzu bedarf es vielmehr gesonderter Ermächtigungen, je nachdem, mit welcher Intensität der Staat das Legalitätsprinzip durchsetzen will und darf. Außerdem bedeutet die Geltung des Legalitätsprinzips in der Verwaltung noch keineswegs, daß dieses durchzusetzen auch Aufgabe des gerichtlichen Verfahrens ist.

bb) Der Wahrung und Durchsetzung steuerrechtlicher Legalität steht jedoch die gesamte gesetzliche Anlage der FGO, die vollständig an die VwGO amgepaßt ist, entgegen. Wie alle Prozeßgesezte mit Ausnahme der StPO gewährt die FGO den Beteiligten eine weitgehende Dispositionsfreiheit. Zunächst muß erst einmal Klage erhoben werden, damit das Gericht überhaupt in Aktion tritt und der Anlaß zu einer Nachprüfung des Steuerbescheids gegeben wird (§§ 40, 41 FGO). Die Klage kann dann geändert oder zurückgenommen werden (§§ 67, 72 FGO). Das Gericht darf über das Begehren des Klägers nicht hinausgehen (§ 96 Abs. 1 S. 2 FGO), es darf den Steuerbescheid aber auch nicht zum Nachteil des Steuerpflichtigen ändern, wenn sich herausstellt, daß das Finanzgericht die Steuer im Ergebnis zu niedrig berechnet, die tatsächlichen Umstände nur unzureichend geklärt oder irrig zugunsten des Klägers bewertet hat[1]. Im Ganzen ist daher die Feststellung des richtigen Sachverhalts, sofern dieses als wesentliches Prozeßziel anzusehen ist, das einzige Medium, durch welches die FGO gegenwärtig steuerlicher Legalität Eingang in den Prozeß verschaffen kann. Darüber hinaus ist auch die Ermittlungstätigkeit der Finanzgerichte durch die Bindung des Gerichts an den Antrag und durch das Verbot der reformatio in peius gegenüber dem früheren Rechtszustand ganz erheblich eingeschränkt worden[2].

---

1) Vgl. hierzu § 6

2) So mit Recht Ziemer-Birkholz § 100 Rn 105

cc) Auch mit der heutigen Auffassung vom Wesen des Rechtsschutzes durch die Verwaltungsgerichte läßt es sich nicht vereinbaren, die Durchsetzung des Legalitätsprinzips als Prozeßziel anzusehen. Heute ist Schwerpunkt eines Verwaltungsprozesses der Schutz subjektiver Rechte, nicht aber die Wahrung der objektiven Verwaltungs-Rechtsordnung[1]. Letztere ist dabei nur Nebenfunktion und Maßstab des Gerichts, nicht aber Antrieb. Für die oben genannten Elemente des Legalitätsprinzinps ergibt sich also, daß die erste Aufgabe, Herbeischaffung der finanziellen Mittel im Staatsinteresse, völlig auszuscheiden hat, da sie eine Verwirklichung von Verwaltungszwecken darstellt, also ohnehin nicht zum Gerichtsbereich zu zählen ist. Andernfalls würde das Gericht seine Verwaltungsneutralität, ein konstitutives Merkmal der Gerichtsbarkeit[2], aufgeben und die Steuersachen "zu seinen eigenen" machen[3]. Die zweite Komponente, Wahrung der Gleichheit und Gleichmäßigkeit der Besteuerung, also das materiell-rechtliche Element, das auch die Gerichte bindet, hat nur insoweit Berücksichtigung zu finden, als sich Nachteile für den Bürger daraus ergeben, als der Grundsatz der Gleichheit und Gleichmäßigkeit der Besteuerung zu dessen Lasten verletzt ist.

Die Finanzgerichte haben also - anders als die Finanzämter - nur zu prüfen, ob die Verwaltung den Rahmen ihrer Berechtigungen und Verpflichtungen dem klagenden Bürger gegenüber eingehalten haben, nicht aber, ob die Verwaltung den staatlichen Machtanspruch ausgeschöpft und den Finanzzweck optimal verwirklicht hat.

Hierin unterscheidet sich der Verwaltungsprozeß grundlegend vom Strafprozeß, der den Bürger zwar auch vor unberechtigten Zugriffen des Staates schützen soll, zugleich aber auch das einzige Mittel ist, durch das der Staat seinen Strafanspruch durchsetzt.

Das Legalitätsprinzip ist im Verwaltungsrecht, also auch im Steuerrecht, allein an die Verwaltung gerichtet und scheidet somit zur Rechtfertigung der verwaltungsakzessorialen Ermittlungsbefugnisse der Finanzgerichte aus.

---

1) Seit Einführung der VwGO unbestritten. Zu den gegenteiligen Ansichten vor Erlaß der VwGO, Menger, Grundrechte S. 723-732, S. 727 m.w.N; System S. 58-61; Rumpff, VVDStRl 14, 136 ff. (149). Für die Kommentierung der FGO: Kruse StuB S. 244; Kühn II a d.d. Kommentierung der FGO.

2) Pötter, Der Staat, Bd. 3 S. 182 (188)

3) Bettermann, Gedächtnisschrift für Jellinek S. 361 (371), Martens StuW 1966, Sp. 689 (700)

f) Prozeßökonomie

Es kommen noch verfahrensökonomische Gründe in Betracht, die eine den Finanzämtern entsprechende Ermittlungsbefugnis der Gerichte erforderlich erscheinen lassen können. Bei den vor die Finanzgerichte kommenden Streitigkeiten handelt es sich überwiegend um die Anfechtung der Feststellung geschuldeter Geldbeträge. Für die Anfechtung feststellender Verwaltungsakte läßt § 100 Abs. 2 FGO ebenso wie § 113 Abs. 2 VwGO eine anderweitige Festsetzung bzw. Feststellung durch das Gericht zu[1]. Entsprechend gewährt § 40 FGO dem Kläger das Recht, seinen Antrag lediglich auf eine Änderung des Bescheids zu beschränken. Es handelt sich dabei also um eine Ausnahme von dem verwaltungsprozessualen Grundsatz der kassatorischen Entscheidung, dem Grundsatz, daß der Erlaß und die Änderung von Verwaltungsakten grundsätzlich Aufgabe der Verwaltung ist. Die summenmäßige Höhe eines Steuerbetrages ist aber ein rechtlich farbloses Gebilde. Sie ist das rein rechnerische Resultat einer Entscheidung über die rechtliche und tatsächliche Beurteilung steuerbegründender Einzelfaktoren[2]. Ohne die Möglichkeit einer eigenen Neufestsetzung wäre das Gericht in allen Fällen, die nicht die Beseitigung des gesamten Steuerbetrages zum Gegenstand haben, gezwungen, den Bescheid ganz aufzuheben und an die Verwaltung zwecks Neufestsetzung zurückzuweisen. Die Verwaltung hätte dann lediglich die Rechenoperation, also einen rein mechanischen Vorgang, vorzunehmen, auch wenn der Steuerfall sonst vollkommen geklärt ist. Das aber wäre ein höchst unökonomisches Verfahren von übertriebener Formalität[3].

Ferner berücksichtigt § 100 Abs. 2 den allgemeinen Gedanken, daß bei feststellenden Verwaltungsakten allein die Aufhebung des rechtswidrigen Verwaltungsaktes die Rechtslage noch nicht bereinigt, sondern eine entsprechende rechtmäßige Feststellung zu treffen ist und im Interesse des klagenden Bürgers wie der Verwaltung auch möglichst bald zu treffen ist. Mag auch die anderweitige Festsetzung im Steuerprozeß einge gegenüber § 113 Abs. 2 VwGO erheblich größere Bedeutung haben, so ändert das nichts

---

1) Auch die amtliche Begründung zum FGO-Entwurf nennt die Verfahrensökonomie als ratio des § 100 Abs. 2 S. 1, vgl. Allgemeiner Teil, C V 2

2) Ebenso Martens StuW 1966, Sp. 689 (692)

3) Eyermann-Fröhler § 113 Rn 56

daran, daß es sich dabei wegen der Funktionsverteilung von Verwaltung und Gerichtsbarkeit rechtlich um eine Ausnahme handelt[1]. Deshalb ist eine enge Auslegung geboten[2]. In Fällen, wo das Finanzgericht die anderweitige Festsetzung deshalb nicht vornehmen kann, weil es die tatsächlichen Grundlagen, wie sie sich aus den Akten des Finanzamtes und der eigenen Beweisaufnahme ergeben, für unzureichend hält, es selbst aber die für nötig gehaltenen Aufklärungen in Ermangelung von Zwangsbefugnissen nicht anstellen kann, ist deshalb mit der Berufung auf § 100 Abs. 2 FGO und die Verfahrenökonomie Zurückhaltung am Platz. Zu denken ist etwa an Fälle mit der Möglichkeit einer Herabsetzung des Steuerbetrages, aber vor allem auch an solche, wo das Finanzgericht das Begehren des Klägers aus den von ihm vorgetragenen Gründen für zutreffend hält, aber bisher unberücksichtigte Steuerfaktoren, z. B. weitere Einkünfte oder aktivierungspflichtige Ausgaben für möglich hält, die die Höhe des Steuerbetrages im Ergebnis rechtfertigen würden bzw. zu einer noch höheren Steuer führen würden und wo deshalb nach Vornahme einer Saldierung eine Klageabweisung gerechtfertigt wäre[3].

Hierzu, insbesondere zum Problem der Saldierung ist zunächst zu bemerken, daß § 100 Abs. 2 Satz 2 FGO ausdrücklich sagt, daß bei Vorliegen wesentlicher Verfahrensmängel oder der Notwendigkeit umfangreicher oder kostspieliger Ermittlungen das Gericht von einer Entscheidung über die Höhe, also Klageabweisung oder Neufestsetzung, absehen und den Verwaltungsakt und die Entscheidung über den außergerichtlichen Rechtsbehelf aufheben kann[4]. Dieser Tatbestand kann als erfüllt angesehen werden, wenn das Gericht von den genannten Zwangsbefugnissen Gebrauch machen müßte. Das Gesetz macht hier deutlich, daß die Aufklärung des Sachverhalts als wesentliches Element der Verwirklichung konkreter Verwaltungszwecke eigentlich Aufgabe der Verwaltung ist. Das Interesse an einer endgültigen Entscheidung wird daher vom Gesetz nicht als Selbstzweck bewertet. Dem läßt sich entnehmen, daß eine anderweitige Festsetzung

---

1) Ebenso Ziemer-Birkholz § 100 Rn 7

2) Eisenberg, DB 1967, 1238 ff. (1240), Werner, DStR 1966, 412 ff. (415)

3) In diesem Sinne am weitesten gehend Eisenberg FR 1966, 163 (164,165)

4) § 113 Abs. 2 VwGO nennt keine Gründe, aus denen das Gericht von einer anderweitigen Festsetzung absehen kann, ausschlaggebend dürften aber die in § 100 Abs. 2 FGO genannten Gründe sein, Eyermann-Fröhler § 113 Rn 57, Ule § 113 Anm. I 4, Müller, NJW 1963, 23 (24), amtl. Begr. zu §§ 98-100 FGO, BT-Drs. II/1446

nur dann erfolgen soll, wenn das Gericht über die auf Grund der eigenen Ermittlungen über die Aufhebung des Verwaltungsaktes hinaus die Sache sofort erledigen könnte. Diese Ausnahme von dem gemeinrechtlichen Satz "iudex non calculat" soll nicht dazu führen, daß die Gerichte zusätzlich zu inqisitorischen Ermittlungen aktiviert werden sollen[1]. Das verfahrenökonomische Element bei der anderweitigen Festsetzung liegt ja im Interesse der Beteiligten, so daß ein Hinweis des Gerichts im Rahmen der Hinweispflicht nach § 76 Abs. 2 FGO das geeignete Mittel ist, daß die Beteiligten, insbesondere auch das Finanzamt, dem vielseitigen Zwangsmaßnahmen zur Verfügung stehen, selbst die nötigen Unterlagen zur Neufestsetzung beibringen könnten. Von daher gesehen sind also besondere Zwangsbefugnisse der Finanzgerichte im Interesse der Verfahrensökonomie nicht erforderlich.

Dem steht auch nicht entgegen, daß die Gerichte eine Anfechtungssache grundsätzlich "spruchreif" zu machen haben[2], denn diese Pflicht bezieht sich nur auf den Ausspruch der Kassation. So ist auch in der allgemeinen Verwaltungsgerichtsbarkeit durchaus zulässig und üblich, daß bei schweren Verfahrensfehlern der Verwaltungsakt nur aus formellen Gründen aufgehoben wird, ohne daß über die materielle Rechtswidrigkeit entschieden wird. Die Verwaltungsbehörde kann also einen neuen Verwaltungsakt u.U. mit dem gleichen Inhalt erlassen. Auchier wird der Rechtsstreit nicht endgültig und verbindlich entschieden.

§ 100 Abs. 2 Satz 2 FGO darf das Finanzgericht nicht veranlassen, sich an die Stelle der Verwaltung zu setzen und damit das Einfallstor zu überholten Vorstellungen vom Finanzprozeß aufmachen[3]. Insbesondere darf die Saldierung nicht zum Ersatzmittel für das Verbot der reformatio in peius werden[4].

---

1) Naumann NJW 1963, 1701 (1704) fordert deshalb, daß die Kassation "in den Vordergrund" zu treten habe. Schunck-De Clerck § 113 Anm. 2 d: Die Sachaufklärung dürfe keinen übermäßigen Aufwand erfordern.

2) BVerwG 10, 202 (204) v. 4.3.1960; BVerwG DVBl 1963, 263 (264); Meyer DVBl 1961, Richter DVBl 1960, 885 (887), die Notwendigkeit zur Einschränkung dieses Grundsatzes aufzeigen.

3) Pötter, Der Staat Bd. 3, 182 (189) bemerkt hierzu, daß der Satz, der Richter dürfe sich nicht an die Stelle der Verwaltung setzen, zwar theoretisch Allgemeingut ist, praktisch aber nicht.

4) Müller DB 1966, 1329 (1331)

g) Streitgegenstand und objektive Grenzen der materiellen Rechtskraft des finanzgerichtlichen Urteils

Es ist auch zu beachten, daß das Gericht an die Angabe des Streitgegenstandes gebunden ist und dadurch in seiner Entscheidungsbefugnis und Ermittlungstätigkeit limitiert ist. Zwar ist im Steuerprozeßrecht die Diskussion um den Begriff des Streitgegenstandes noch sehr jungen Datums, die erste größere Untersuchung stammt vom Jahr 1962[1]; sie hat eigentlich erst aus Anlaß der Einführung der FGO begonnen, beziehungsweise Anlaß zur Neubesinnung gegeben. Es liegen daher noch keine gesicherten Ergebnisse vor, auf die Bezug genommen werden könnte, wie überhaupt die Frage des Streitgegerstandes in allen Gebieten des Prozeßrechts, auch im Verwaltungsprozeßrecht[2], Gegenstand von Kontroversen ist. Auch kann im Rahmen dieser Untersuchung eine alle mit dem Begriff des Streitgegenstandes in Zusammenhang stehenden Probleme umfassende Erörterung nicht angestrebt werden. Hier genügt die Feststellung, daß, je weiter der Begriff des Streitgegenstandes verstanden wird, desto weiter auch die Ermittlungsbefugnisse, wegen des Untersuchungsgrundsatzes aber auch die Ermittlungspflichten des Gerichts gehen.

Faßt man den Streitgegenstand, gleich mit welcher Konstruktion und mit welcher Begründung, eng auf, etwa im Sinne des im Streit befindlichen Teils eines komplexen Steuerbescheids, z. B. Aktivierung von Betriebsausgaben, Anerkennung von Garantierückstellungen oder Absetzbarkeit von Sonderausgaben und Werbungskosten[3], ist notwendig auch die Ermittlungstätigkeit des Finanzgerichts auf diesen Teilausschnitt beschränkt. Für eine Saldierung ist, da regelmäßig nur ein einziger Teilbereich streitig ist, kein oder höchstens nur in sehr geringem Umfang Raum. Zwangsbefugnisse, die sich gegen die Beteiligten richten, sind daher nicht erforderlich. Will der Kläger nämlich den Prozeß gewinnen, wird er den Anordnungen des Gerichts freiwillig folgen.

---

1) Gisela Niemeyer, Der Gegenstand des Verfahrens bei der Anfechtung von Verwaltungsakten.

2) Die gründlichste Auseinandersetzung mit dem Begriff des Streitgegenstandes im Verwaltungsprozeß findet sich bei Müffelmann.

3) So Berger DStR 1966, 3 (10), Martens StuW 1966, 689, Müffelmann S. 127 ff.; Müller DB 1966, 1329 (1331), Niemeyer DStR 1967, 180 (anders noch: Der Gegenstand des Verfahrens bei der Anfechtung von Steuerbescheiden S. 29 ff.), Schwarz DStR 1966, 397 (399). Die Behauptung Baltzers, NJW 1967, 1551, daß die Saldierung durch die FGe allgemein anerkannt sei, ist daher unzutreffend.

Faßt man den Streitgegenstand aber weit auf und hält man den gesamten Steuerbescheid einschließlich der Höhe des Steuerbetrages für dazugehörig[1], ist auch die Ermittlungstätigkeit des Gerichts entsprechend weitgehend. Da der gesamte Steuerbescheid überprüft wrid, bestehen auch viele Möglichkeiten zur Saldierung. Deshalb lassen sich, weil die meisten Punkte unstreitig sind und von den Parteien nicht vorgetragen werden, durchaus Fälle denken, bei denen ein Bedürfnis zur Anwendung besonderer Zwangsmittel gerade gegen die Parteien, insbesondere den Kläger, besteht, damit diese Punkte aufgeklärt werden können.

Gegen einen weitgefaßten Streitgegenstandsbegriff spricht jedoch die materielle Rechtskraft des Urteils. Nach § 110 Abs. 1 FGO - entsprechend § 121 VwGO - bindet das Urteil die Beteiligten "soweit über den Streitgegenstand entschieden ist". Gehört nun der gesamte Steuerbescheid in seiner summenmäßigen Höhe zum Streitgegenstand, so erwächst der Betrag, wenn das Finanzgericht saldiert und damit den Steuerbescheid rechtmäßig macht, in Rechtskraft. Das bedeutet, daß das Finanzamt an einer Änderung des Bescheids im Wege einer Berichtigungsveranlagung, eine Einrichtung von erheblicher praktischer Bedeutung, gehindert ist. Da es sich bei Steuerbescheiden meist um abgeschlossene Vorgänge handelt, kommt auch ein erneuter Bescheid wegen geänderter Rechts- oder Sachlage nicht in Betracht, was an sich eine Neubescheidung rechtfertigen würde. Tatsachen, die zum Zeitpunkt des Urteils schon vorhanden, aber nicht bekannt waren oder vom Gericht falsch beurteilt wurden und für die neue Beweismittel zur Verfügung stehen, sind dagegen präkludiert[2], berechtigen also nicht zur Neubescheidung[3]. Eine Änderung ist hier nur im Rahmen der engen Grenzen eines Wiederaufnahmeverfahrens möglich. Vom Grundsatz der materiellen Rechtskraft bildet nur § 100 Abs. 1 S. 1, 2. Halbsatz FGO eine Ausnahme. Hiernach besteht, der früheren Rechtslage entsprechend, bei einer Aufhebung des Bescheids hinsichtlich neu bekannt werdender Tatsachen und Beweismittel keine Bindung des Finanzamts an die Entscheidung

---

1) Baltzer NJW 1966, 1337 ff. (1339), NJW 1967, 1550 ff. (1551); Baur DB 1965, 1642 ff. (1680); Eisenberg FR 66, 163 ff. (165), DB 1967, 1238 ff,; Tipke-Kruse § 65 FGO Rn 3; Vogel DStR 1966, 387 ff. (388); unklar Hübschmann-Hepp-Spitaler § 65 FGO Rn 19 u. 33, § 100 FGO Rn 43.

2) Rosenberg SJZ 1950, Sp. 313 (314, 318); Lehrbuch S. 755

3) Eyermann-Fröhler § 121 Rn 21, Schunck-De Clerck § 121 Anm. 3 b bb, BVerwG, DVBl 1963, 64 (v. 6.3.1962) u. BVerwG 14, 359 (363) (v. 30.8.1962), Vogel DStR 1966, 387 (389), Müffelmann S. 191 ff., a.A. aber De With S. 150: Dem Gericht nicht unterbreitete Tatsachen berechtigen zur Neubescheidung.

des Gerichts. Das Finanzamt kann also bei Kassation auch einen Bescheid unter Zugrundelegung "neuer" oder der vom Gericht - aber "falsch" - festgestellten Tatsachen erlassen. Ob sich der Gesetzgeber der dogmatischen und systematischen Bedeutung dieser Sondervorschrift in vollem Umfang klar gewesen ist, mag dahinstehen[1]. Fest steht, daß eine Klageabweisung infolge Saldierung volle Präklusionswirkung hat. Soll die hier geschilderte Rechtslage nicht zu einer Drosselung des Legalitätsprinzips werden[2], so sind drei Wege denkbar. Entweder die Finanzgerichte beschränken sich auf die Kassation von Bescheiden, dann genügen aber schon Teilermittlungen, Zwangsbefugnisse erübrigen sich. Oder das Gericht legt sich unter Beibehaltung der Klageabweisung und der Saldierungsmöglichkeit eigene Betriebsprüfungsabteilungen zu, damit der Sachverhalt umfassend aufgeklärt werden kann. Diese Alternative ist aber ernstlich nicht zu erwägen. Als dritte Möglichkeit bleibt, soll nicht die Klageerhebung wegen der Präklusionswirkung "provoziert" werden[3], eine enge Auslegung des Streitgegenstandsbegriffs.

Der Gesetzgeber, offensichtlich in Kenntnis dieser Schwierigkeit, versuchte sich dadurch zu helfen, daß er § 110 FGO, nach dessen Wortlaut eine Bindung der Beteiligten nur insoweit besteht, "wie über den Streitgegenstand entschieden ist", in der Weise auslegte, daß eine Identität des Streitgegenstandes nur bezüglich der vom Gericht zutreffenderweise als vorliegend oder nicht vorliegend festgestellten Tatsachen besteht[4]. Stellen sich die Tatsachen nachträglich als unzutreffend heraus oder hat das Gericht nicht vollständig aufgeklärt, so ergäben die "neuen Tatsachen" auch einen anderen Streitgegenstand. Diese Auffassung läßt sich jedoch von keiner der gegenwärtigen Theorien aus begründen. Es ist zwar richtig, daß die Gründe des Urteils, also auch die Tatsachenseite, mit zur Auslegung und Begrenzung des Umfangs der Rechtskraft der Entscheidungsformel herangezogen werden können und müssen und insoweit Aufschluß darüber geben, inwieweit über den Streitgegenstand entschieden

---

1) Vgl. Müffelmann S. 193, Jauernig S. 42

2) Ebenso Vogel a.a.O., S. 389; Baltzer NJW 66, 1337 (1341) gibt allerdings keinen Lösungsvorschlag

3) Müffelmann S. 48 m.w.N.

4) Amtl. Begr. zu § 106 d.E., BT-Drs. IV/1446; ebenso Ziemer-Birkholz § 110 Rn 51 (Ziemer ist Ministerialrat im federführenden Finanzministerium); unklar Görg-Müller § 110 Anm. B 3 (Rn 396, S. 381), der eine Identität des Streitgegenstandes nur bei späterer Änderung der Sach- und Rechtslage ablehnt, sich aber auf die Begründung des Entwurfs beruft.

worden ist[1]. Das gilt aber, da das Gericht wegen Art. 19 Abs. 4 GG grundsätzlich über den ganzen Streitgegenstand zu entscheiden hat, nur, wenn zweifelhaft ist, inwieweit überhaupt über den Streitgegenstand entschieden ist, ob nicht der Verwaltungsakt befugtermaßen nur aus formellen Gründen - etwa wegen schwerer Verfahrensverstöße - aufgehoben ist oder ob nur ein Teilurteil (§ 98 FGO) oder eine Vorabentscheidung (§ 99 FGO) ergangen ist, was sich aber aus der Entscheidungsformel häufig nicht ersehen läßt[2]. Der "soweit"-Satz in § 110 FGO gibt also nicht die Ermächtigung, daß das Gericht durch den Umfang seiner Aufklärungstätigkeit auch den Umfang des Streitgegenstandes und damit auch der Rechtskraft bestimmt. Den Umfang des Streitgegenstandes bestimmt allein der Kläger durch den Antrag, das Gericht ist daran gebunden und muß darüber auch entscheiden.

Einer Beschränkung der Präklusion auf den gerichtlich festgestellten Sachverhalt steht auch der Untersuchungsgrundsatz entgegen[3]. Da das Gericht grundsätzlich zur vollen Entscheidung über den Streitgegenstand verpflichtet ist und den Sachverhalt von Amtswegen zu klären hat, muß es auch den gesamten Steuerfall aufrollen. Das bedeutet, daß das Gericht saldieren muß, denn ein stattgebendes Urteil enthält unter den genannten Umständen die Feststellung, daß der gesamte Steuerbescheid überprüft ist und vom Kläger mehr fordert als zulässig ist, und zwar unter Berücksichtigung aller Tatsachen[4], denn wenn das Gericht den ganzen Steuerbescheid überprüft, muß auch die Entscheidung den gesamten Steuerbescheid betreffen. Eine Vollaufrollung des Steuerfalles würde aber die Finanzgerichte wieder zu dem verlängerten Arm der Verwaltung machen und etwas Unmögliches fordern[5].

---

1) Rosenberg S. 754, Eyermann-Fröhler § 86 Rn 24 m.w.N.

2) Ebenso Vogel, a.a.O., S. 390, aber auch Ziemer-Birkholz § 98 Rn 7

3) Ziemer-Birkholz § 110 Rn 52 bestreiten einen derartigen Widerspruch mit dem Hinweis, dem Wesen und der Ausgestaltung des finanzgerichtlichen Verfahrens entspreche nur eine beschränkte Sachaufklärung. Das ist zutreffend, trägt aber nicht die Ablehnung des gesamten Widerspruchs, vielmehr entspricht der beschränkten Sachaufklärung nur ein beschränkter Streitgegenstand. Gegen Ziemer-Birkholz auch Vogel a.a.O., S. 390.

4) Karl Müller DB 1966, 1329 (1330) stellt diese Frage nur in den Raum, seine Ausführungen lassen aber unzweifelhaft erkennen, daß er sie wie hier beantwortet wissen will, wie hier Martens StuW 1966, 689 (Sp. 689), Eisenberg DB 1967, 1238; Jauernig S. 37

5) Müffelmann S. 48, 170, Müller a.a.O., S. 1330, Martens a.a.O.

Schließlich ist, wenn die Bindungswirkung des Urteils wirklich nur in Bezug auf die in den Gründen positiv enthaltenen Feststellungen besteht, die Vorschrift des § 100 Abs. 1 S. 1 2. Halbsatz nicht nur überflüssig, sondern auch verfehlt, weil sich die beschränkte Bindungswirkung eben auf alle Urteilsarten bezieht[1].

Es bleibt also zunächst dabei, daß bei einem Urteil, welches der Klage stattgibt, unter Zugrundelegung des weiten Streitgegenstandsbegriffs neben der Feststellung, daß der Bescheid rechtswidrig ist und den Kläger in seinen Rechten verletzt, zugleich die Feststellung getroffen wird, daß keine Tatsachen vorhanden sind, die eine höhere Festsetzung der Steuer rechtfertigen. Umgekehrt beinhaltet eine Saldierung mit der Folge der Klageabweisung die Feststellung, daß der Steuerbescheid rechtmäßig ist und den Kläger nicht in seinen Rechten verletzt, so daß eine Bescheidsberichtigung nicht möglich ist[2]. Das gilt auch für den wichtigen Fall, daß das Gericht den zu hoch festgesetzten Steuerbetrag nicht voll durch einen zu niedrig bemessenen Punkt kompensiert.

Die Klageabweisung kann auch nicht den bindenden Inhalt haben, daß die Rechtswidrigkeit des Steuerbescheids dahinsteht, der Kläger aber nicht in seinen Rechten verletzt ist[3], denn dann würde das Gericht, obwohl es zur Sache entscheidet, nicht vollständig über den Streitgegenstand entscheiden. Die Rechtswidrigkeit kann vielmehr nur dann dahinstehen, wenn eine Rechtsverletzung des Klägers objektiv nicht vorliegen kann[4]. Dann wird es aber schon an der Klagebefugnis - bei der Anfechtung von Steuerbescheiden allerdings nie der Fall -, also schon an der Zulässigkeit der Klage fehlen. Der weitere Fall, daß die Klagebefugnis zu bejahen ist, die Klage also zulässig ist, es aber an der zur Klagebegründung gehörenden Aktivlegitimation des Klägers fehlt, der Kläger also keine eigenen Rechte als verletzt bezeichnen kann, dürfte im Steuerprozeß keine nennenswerte Bedeutung haben. Denkbar ist daher im Regelfall hingegen die Feststellung, daß der Bescheid zwar objektiv

---

1) Widersprüchlich daher Ziemer-Birkholz, wenn sie in § 110 Rn 52 die Bindung auf die festgestellten Tatsachen beschränken und in § 100 Rn 74 sagen, § 100 Abs. 1 S. 1 2. Halbsatz stelle gegenüber § 100 eine Einschränkung der Bindungswirkung dar.

2) So grundsätzlich auch Vogel a.a.O., S. 389

3) a.A. Ziemer-Birkholz § 110 Rn 46

4) Ebenso Eyermann-Fröhler § 121 Rn 10 c

rechtswidrig ist, den Kläger aber nicht in seinen Rechten verletzt, also nicht unzulässig belastet, weil der Bescheid des Finanzamts nicht mehr fordert, als nach den Steuergesetzen zulässig ist. Hiervon ausgehend würde aber eine Klageabweisung bedeuten, daß eine nachträgliche Bescheidsänderung zugunsten des Klägers nicht mehr möglich ist, denn es ist ja bindend festgestellt, daß die Höhe des Steuerbescheids den Kläger jedenfalls nicht benachteiligt[1]. Dieses Ergebnis führt aber zu einer unterschiedlichen Bindung der Beteiligten, so daß es nicht akzeptabel ist[2]. Von der engen Streitgegenstandstheorie wird dieses Ergebnis jedoch vermieden, denn nach ihr ist die Frage, ob weitere den Kläger unzulässig belastende Faktoren vorhanden sind, nicht entschieden.

Diese mißlichen Folgen, die sich bei einer vollen Bescheidsprüfung auch im Hinblick auf die steuerrechtliche Legalität ergeben, versucht Vogel auszuräumen, indem er sagt, daß das Gericht Teile des Streitgegenstandes gar nicht berücksichtigen darf. Bei einem Urteil auf Grund einer Teilanfechtung eines Bescheids, in der Praxis der Regelfall, darf das Gericht nicht über den Antrag des Klägers hinausgehen (§ 96 Abs. 1 S. 2 FGO) und den Steuerbescheid nicht summenmäßig erhöhen (Verbot der reformatio in peius). Dadurch sei das Gericht in der Entscheidung über den Streitgegenstand limitiert[3]. Weise das Gericht eine Klage auf Teilanfechtung ab, so könne es über die Frage, ob nicht ein noch höherer Steuerbetrag festzusetzen sei, nicht entscheiden. Folglich sei eine Bescheidsberichtigung zuungunsten des Klägers möglich, nicht aber zugunsten, ein Ergebnis, welches wenigstens im fiskalischen Interesse keine Nachteile bringt, wohl aber, wie bereits erwähnt, eine Ungleichheit der Bindungswirkung zur Folge hat. Gibt das Gericht einer Klage (teilweise) statt, setzt es also den Bescheid in der gewünschten Weise (oder teilweise) herab, so ist nach Vogel eine Bescheidsberichtigung wegen "neuer Tatsachen" nach wie vor zugelassen, und zwar sowohl zugunsten als auch zuungunsten des Klägers[4].

---

1) Im Ergebnis auch Vogel DStR 1966, 387, 389

2) Ebenso Jauernig, S. 40

3) a.a.O., S. 389

4) S. 389

Hiergegen ist zunächst zu sagen, daß im Falle der teilweisen Herabsetzung bindend festgestellt werden kann, daß sowohl kein höherer als auch kein niedrigerer als der vom Gericht festgesetzte Betrag gerechtfertigt ist, da das Gericht dann innerhalb der durch den Antrag und die Höhe des Steuerbescheides gesetzten Grenzen geblieben ist. Bei einem voll stattgebenden Urteil müßte Vogel konsequentermaßen zu dem Ergebnis kommen, daß eine Berichtigung zugunsten des Klägers unzulässig ist, da bindend festgestellt ist, daß eine höhere Steuer als die vom Gericht festgesetze nicht rechtmäßig ist. Mag auch das Gericht nicht feststellen dürfen, daß eine höhere Steuer zu fordern war, so bedeutet die Tatsache der Herabsetzung denknotwendig zugleich die Feststellung, daß die finanzamtliche Feststellung zumindest in dem vom Kläger behaupteten Umfang zu hoch gewesen ist. Gibt das Gericht also einer Teilanfechtungsklage statt, so ist damit bindend festgestellt, daß eine Berichtigungsveranlagung zuungunsten des Klägers nicht mehr möglich ist.

Dieses Ergebnis läßt sich nur dann vermeiden, wenn § 100 Abs. 1 S. 1 2. Halbsatz FGO, der bei der Kassation des Bescheids die nachträgliche Berücksichtigung "neuer Tatsachen" durch die Behörde zuläßt, auch bei einer Teilanfechtung und Teilaufhebung auf das gesamte Urteil zu beziehen ist[1]. Dagegen ist jedoch zu bemerken, daß die Durchbrechung der materiellen Rechtskraft beim kassatorischen Urteil nur "soweit" geht, als der Steuerbescheid rechtswidrig ist und den Kläger in seinen Rechten verletzt. Das Wort "soweit" schließt dabei, sofern nicht sogar anzunehmen ist, daß Abs. 1 des § 100 FGO ausschließlich den Fall der vollständigen Aufhebung des Bescheids umfaßt[2], mindestens für den bestehen gebliebenen Teil die Durchbrechung der Rechtskraft aus.

Zu einem anderen Ergebnis führt auch nicht § 100 Abs. 2 Satz 2 Halbsatz 2 FGO. § 100 Abs. 2 FGO regelt den Fall der anderweitigen Festsetzung und bestimmt in Satz 2, wann von einer solchen Entscheidung abzusehen ist und der Bescheid ganz aufzuheben ist, wobei auf § 100 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 verwiesen wird. Schon daß Absatz 2 Satz 2 nur durch ein Semikolon geteilt ist, führt zu einer Auslegung derart, daß die Verweisung nur für denn Fall der Aufhebung des Bescheids gilt,

---

1) So Stockhausen FR 1967, 351 (353)
2) So Hübschmann-Hepp-Spitaler § 100 FGO Rn 40

zumal Satz 1 den sachlich völlig verschiedenen Fall der Neufestsetzung regelt.

Dieses ergibt sich aus dem Sinn von § 100 Abs. 1 und 2 FGO. Während Abs. 1 und Abs. 2 Satz 2 Fälle der Aufhebung regeln und daher ein erneutes Tätigwerden des Finanzamts zur Folge haben, braucht bei der Neufestsetzung nach Abs. 2 Satz 1 das Finanzamt nicht mehr zu entscheiden. Naturgemäß waren beide Fälle der Aufhebung bezüglich der Rechtskraft gleich zu regeln, und zwar im Sinne des Verbots an die Verwaltung, den aufgehobenen Bescheid aus den vom Gericht mißbilligten Gründen neu zu erlassen, allerdings mit der Besonderheit, daß nach der FGO die nicht berücksichtigten, aber bestehenden Tatsachen nicht präkludiert sind[1]. Es ist daher daran festzuhalten, daß bei abweisenden Urteilen bzw. infolge Neufestsetzung teilabweisenden Urteilen der bestehenbleibende Teil des Steuerbescheids in vollem Umfang in Rechtskraft erwächst[2]. Dieser Umstand führt zu der weiteren Frage, welcher "Teil" des Steuerbescheids-Streitgegenstandes bei einer Teilaufhebung bestehen bleibt und welcher Teil aufgehoben wird, welcher Teil also durch das Urteil voll rechtskräftig wird und welcher nur einer beschränkten Rechtskraft unterliegt. Welche Besteuerungsgrundlagen haben zur Herabsetzung, welche zum Bestehenbleiben des Bescheids geführt? Die vom Kläger vorgetragenen und vom Gericht anerkannten Gründe werden sicher dazugehören, wie aber, wenn das Gericht in der Weise saldiert hat, daß es eine an sich noch größere Herabsetzung der Steuer kompensiert hat mit weiteren, nicht vorgetragenen Belastungen des Klägers? Wie ist es mit Punkten, die das Gericht nicht berücksichtigt hat, aber zu einer Saldierung mit Klageabweisung geführt hätten, gehören sie auch zu "neuen Tatsachen" in Bezug auf den aufgehobenen Teil des Steuerbescheids? Diese Fragen sind nach der engen Theorie mühelos zu beantworten, von der weiten Streitgegenstandstheorie aber unlösbar, weil diese gerade davon ausgeht, daß der Steuerbescheid nur als Einheit rechtswidrig oder rechtmäßig sein kann[3]. Wie diese Auffassung mit § 100 Abs. 2 FGO, der doch gerade eine Teilaufhebung wegen Teilrechtswidrigkeit vorsehen müßte, zu vereinbaren ist, ist eine weitere Frage.

---

1) v. Wallis in Hübschmann-Hepp-Spitaler (§ 100 Rn 40, 41) stellt daher zutreffend fest, daß die Bindung der Verwaltung in § 100 gegenüber 110 FGO eingeschränkt wird. Für Verallgemeinerung des § 100 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 auf die VwGO: Schunck-De Clerck § 113 Anm. 22.

2) Irrig Stockhausen, FR 1967, 350, § 100 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 gelte für alle Urteile.

3) So ausdrücklich Vogel S. 388

Abgesehen von diesen mehr praktischen Bedenken, die sich im Hinblick auf die unerwünschten und befremdlichen Ergebnisse eines weiten Streitgegenstandsbegriffs ergeben, sind auch Einwände allgemeinprozessualer Natur zu erheben. Vogel, der den Steuerbescheid als konstitutives Element des Streitgegenstandes ansieht, muß daher auch zu dem Ergebnis kommen, daß das Gericht im Falle einer Abweisung der Klage oder einer Teilaufhebung eines Steuerbescheides auch nur über einen Teil des Streitgegenstandes entscheidet, denn weder darf es den Kläger günstiger stellen als er beantragt, noch ihn schlechter stellen, als er vor Klageerhebung gestanden hat. Bei den genannten Entscheidungsarten bleibt daher mit Notwendigkeit ein Teil des Streitgegenstandes außerhalb der gerichtlichen Entscheidung. Damit wird die Einführung eines weiteren Begriffs, und zwar des Urteilsgegenstandes erforderlich[1], der dann notwendig nicht deckungsgleich mit dem Streitgegenstand sein kann. Damit wird aber der Ausgangspunkt, nämlich die Übernahme des Streitgegenstandsbegriffs der VwGO durch einen Teil der Autoren als "die Rechtsbehauptung des Klägers, der Verwaltungsakt sei rechtswidrig und verletze ihn in seinen Rechten"[2], bereits wieder verlassen, denn für die VwGO wird ein Abweichen zwischen Streitgegenstand und Urteilsgegenstand nur dann zugelassen, wenn das Gericht nur über einen Teil des Streitgegenstandes entscheidet, obwohl es über den gesamten entscheiden könnte, also bei einer Entscheidung über die Zulässigkeit, bei einem Teilurteil (§ 110 VwGO = § 98 FG/) oder einer Vorabentscheidung (§ 111 VwGO = § 99 FGO). Außerdem ist es unbestritten, daß der Streitgegenstand allein durch den Kläger bestimmt wird. Eine Frage für sich ist es dabei allerdings, inwieweit der Kläger den Streitgegenstand individualisieren darf. In jedem Fall wird der Streitgegenstand durch den Kläger und nicht durch das Gericht und auch nicht durch das Gesetz bestimmt. Daher bleibt bei einer Teilanfechtung zwar ein Teil des materiellen Rechts und des ihn verwirklichenden Bescheids außerhalb des Streitgegenstandes und außerhalb der Rechtskraftbindung. Der Grund,

---

1) Von Eisenberg FR 1966, 163 (165) ganz bewußt betont und unterstützt, während Vogel vom einheitlichen Begriff ausgehen will.

2) Menger, System S. 173, Eyermann-Fröhler § 121 Anm. 10 c, Ule § 121 Anm. II 2 a. Diese Definition wird, ganz abgesehen davon, daß auch andere Auffassungen vertreten werden, aber teilweise sehr modifiziert vertreten, vgl. Müffelmann S. 76 A, Schunck-De Clerck § 121 Anm. 3 c bb m.w.N. Im übrigen steht für die verwaltungsgerichtliche Anfechtungsklage die Definition des Streitgegenstandes fast ausschließlich unter dem Blickpunkt der Bindung der Zivilgerichte im Falle der Amtshaftungsklage. Diese Seite ist für den Finanzprozeß aber ohne Bedeutung, so daß eine Übernahme des Streitgegenstandes aus dem allgemeinen Verwaltungsprozeß in den Steuerprozeß nicht ohne weiteres geschehen kann, ebenso Baltzer NJW 1966, 1337 (1338).

weshalb die Bindung nur einen Teil des Bescheides umfaßt, liegt also nicht darin, daß das Gericht nur über einen Teil des den Streitgegenstand bildenden Bescheids entscheiden darf, sondern darin, daß nur ein Teil des Bescheids den Streitgegenstand bildet.

Gegen die enge Auffassung vom Begriff des Streitgegenstandes ist eingewandt worden, sie sei mit dem Wortlaut des § 100 Abs. 1 Satz 1 FGO nicht vereinbar, wonach ein Steuerbescheid nur aufgehoben werden kann, wenn er rechtswidrig ist und den Kläger in seinen Rechten verletzt[1]; diese Voraussetzungen könnten aber nur bei einer Gesamtüberprüfung festgestellt werden. Hiergegen ist jedoch zu sagen, daß bei der Anfechtungsklage gegen belastende Verwaltungsakte die objektive Rechtswidrigkeit allein schon zur Aufhebung führen kann und regelmäßig führt, wenn der Kläger in seinem Rechtskreis betroffen ist[2]. Die "Rechtsverletzung" ist dann gleichsam eine notwendige Folge der Rechtswidrigkeit[3]. Das wird gerade auch beim Steuerbescheid besonders deutlich. Denn schon allein die objektiv rechtswidrige Beurteilung eines Steuerfaktors zum Nachteil des Klägers belastet diesen, ohne daß es darauf ankommt, daß das Finanzamt dem Kläger ungünstige Umstände nicht oder falsch berücksichtigt hat und daher der Steuerbetrag effektiv "richtig" ist, weil dieser angegriffene Punkt, würde er nicht angegriffen, im Falle einer späteren Änderung des Bescheids nur nach den strengen Voraussetzungen der AO, also nur bei neuen Tatsachen (§ 222 Abs. 1 Nr. 2), nicht aber bei "besserer Rechtsansicht" berücksichtigt werden kann. Eine falsche Rechtsanwendung des Finanzamts zuungunsten des Klägers schon in einem einzigen Punkt ist daher als rechtswidrige Belastung des Klägers anzusehen, so daß die Anwendung des § 100 Abs. 1 Satz 1 FGO gerechtfertigt ist.

Wird schon dem Wortlaut der FGO entscheidendes Gewicht beigemessen, so darf davon aber auch § 65 nicht übersehen werden, wonach die Klage

---

1) Tipke-Kruse § 65 Rn 10

2) Bachof VVV II, 221

3) Eyermann-Fröhler § 121 Rn 10 c: "Bei Anfechtungsklagen ergibt sich aus der Rechtsverletzung auch das Verletztsein". Die erste Regierungsvorlage unterschied deshalb in § 90, dem heutigen § 100, auch nicht zwischen "Rechtsverletzung" und Rechtswidrigkeit.

... den Streitgegenstand ... und den Verwaltungsakt bezeichnen muß, eine Summierung, die überflüssig wäre, wenn der Streitgegenstand zum Steuerbescheid gehörte.

Aus den vorstehenden Ausführungen darf daher der Schluß gezogen werden, daß allein mit Hilfe eines engen Streitgegenstandsbegriffs die sich im Hinblick auf die objektiven Grenzen der materiellen Rechtskraft ergebenden praktischen und theoretischen Probleme überzeugend zu lösen sind[1]. Auch wird nur ein enger Begriff den tatsächlichen Möglichkeiten und Gegebenheiten gerecht, wonach die Finanzgerichte sich regelmäßig auf eine Entscheidung über die zwischen den Parteien streitigen Punkte beschränken[2], von gelegentlichen Ausnahmen abgesehen[3].

Die gerichtliche Aufklärungstätigkeit wird daher auch durch den Streitgegenstand als die im Streit befindliche Besteuerungsgrundlage beschränkt, so daß das Gericht auch nicht im Hinblick auf das Bestehen anderer saldierungsfähiger, nicht streitiger, aber möglicherweise rechtswidrig beurteilter Besteuerungsgrundlagen ermitteln darf[4], womit ein weiterer wesentlicher Anwendungsbereich für die besonderen Zwangsbefugnisse der Finanzgerichte ausscheidet.

h) Rechtsschutzgesichtspunkte

Es fragt sich nun noch, ob nicht Gesichtspunkte des Rechtsschutzes die akzessorischen Ermittlungsbefugnisse der Finanzgerichte geboten erscheinen lassen. Hierbei ist jedoch zu beachten, daß diese gegenüber

---

1) Erstaunlicherweise befaßt sich Baltzer, NJW 1966, der die weite Auffassung verteidigt, mit den Rechtskraftproblemen gar nicht, obwohl sich hier für den Begriff des Streitgegenstandes im gesamten Verwaltungsprozeßrecht die bedeutsamsten Probleme ergeben.

2) Hartz, JJahrb. 3 (1962/63) S. 100 (128), Ziemer-Birkholz § 110 Rn 52, Müffelmann S. 171

3) BFH 74, 624 (v. 30.3.1962)

4) Die redaktionelle Anmerkung zu BFH v. 21.4.1966, HFR 1966 S. 377 (Nr. 336) stellt auf S. 378 zutreffend fest, daß der fehlerhaft nicht festgesetzte staatliche Steueranspruch vom Gericht nicht zum Streitgegenstand gemacht werden kann. Irrig ist jedoch die Auffassung, daß die Prüfungsbefugnis und Amtsermittlung den "Gegenstand der Anfechtungsklage" (§ 44 Abs. 2 FGO) umfassen. Ganz abgesehen davon, daß sich für diese Auffassung keine gesetzlichen Anhaltspunkte ergeben, § 76 Abs. 1 sagt nichts über den gegenständlichen Bereich der Amtsermittlung, erschöpft sich die Bedeutung des § 44 Abs. 2 FGO darin, daß er klarstellt, welches das Objekt der Überprüfung ist, nämlich der Verwaltungsakt in der Gestalt, die er durch die Entscheidung im Vorverfahren gewonnen hat.

denen der allgemeinen Verwaltungsgerichte besonderen Ermittlungsbefugnisse sehr heterogener Natur sind. So sollen die besonderen Mitwirkungspflichten die Beweistätigkeit des Klägers aktivieren, die besonderen Pflichten der Zeugen zielen mehr auf eine Gewährleistung zureichender Aussagen, und die Schätzungsbefugnis soll die Beweislastregeln modifizieren. Die oben gestellt Frage läßt sich vielmehr nur an Hand von Einzeluntersuchungen bei der Behandlung der jeweiligen Maßnahmen beantworten. Es kann jedenfalls nicht gesagt werden, daß die Finanzämter die fiskalischen Belange besonders einseitig zum Nachteil der Steuerbürger vertreten und allein schon deshalb besondere Ermittlungsbefugnisse durch die Gerichte geboten sind.

Die Notwendigkeit verwaltungsakzessorischer Ermittlungsbefugnisse der Finanzgerichte muß daher nach allem als allgemeiner Grundsatz verneint werden.

3) Die Mitwirkungspflichten der Steuerpflichtigen

Was die Mitwirkungspflichten der Steuerpflichtigen, deren Erfüllung mit Zwangsmitteln durchgesetzt werden kann, betrifft, ist insbesondere darauf zu verweisen, daß die gerichtliche Entscheidung und damit auch die Sachaufklärung regelmäßig nur einen streitigen "Punkt" des Steuerbescheids betrifft. Hierbei rügt der Kläger, wenn sich sein Angriff nicht ohnehin auf eine spezielle Rechtsansicht des Finanzamts konzentriert, einseitige Sachverhaltsaufklärung und -würdigung, die ihn belastet. Der Kläger macht dann also dem Finanzamt die Inanspruchnahme tatsächlicher Umstände als Ermächtigung für sein Handeln streitig. Insoweit würde es aber zweifellos eine Hypertrophie des Rechtsschutzes bedeuten, wenn der Kläger in seinem eigenen Interesse zur Ermittlungstätigkeit gewzungen werden müßte. Schon allein der Ausspruch der begehrten Rechtsfolge wird den Kläger entsprechend aktivieren.[1)]

Eine praktische Bedeutung könnten die Zwangsbefugnisse nur dann haben, wenn das Gericht noch den Kläger belastende Umstände berücksichtigen zu müssen glaubt, die der Kläger aber nicht von sich aus preisgibt und die es dem Kläger nicht nachzuweisen vermag. Eine wirkliche Funktion

1) Im Ergebnis auch Martens, StuW 1967, 369 ff. (384)

erfüllen die Zwangsbefugnisse daher nur, soweit sie verhindern, daß der Kläger sich hinter den Regeln der objektiven Beweislast verschanzt und dadurch ein Urteil erlangt, was ihn objektiv zu Unrecht begünstigt. Von diesem Ausgangspunkt ist jedoch das zwangsweise Betreten von Räumen gleichwohl auszuscheiden, denn hierbei handelt es sich um eine Maßnahme so evident exekutivischen Charakters, daß sie für die Gerichte nicht in Frage kommt, die davon bislang wohl auch keinen Gebrauch gemacht haben. Dies geht auch aus dem Wortlaut des § 173 AO hervor, der diese Maßnahme ausdrücklich in das "Steuerinteresse" stellt. § 173 AO ist daher aus § 76 Abs. 1 FGO zu tilgen.

Bei den übrigen Maßnahmen, also der zwangsweisen Vorlage von Geschäftsbüchern, Quittungen usw. nach §§ 171, 172 AO ist zu unterscheiden. Macht der Kläger die Nichtberücksichtigung von Absetzungen geltend, trägt er ohnehin die materielle Beweislast (§ 205 a AO). Nur wenn Anlaß zu der Vermutung gegeben ist, daß die beantragten Absetzungen nur unvollständig belegt sind und bei vollständigem Nachweis gar nicht abzugsfähig wären, besteht das Bedürfnis nach zwangsweise durchzusetzender Ermittlungstätigkeit des Klägers. Gleiches gilt, wenn der Kläger rügt, daß das Finanzamt von zu hohen Aktiva, z. B. Einkünften oder Vermögen, ausgegangen ist. Hier ist es möglich, daß sich der Kläger auf unrichtige, dem Gericht vorliegende Steuererklärungen beruft und dadurch die Sachverhaltsfeststellung manipuliert, wenn nicht das Gericht die Möglichkeit hat, die Richtigkeit der Steuererklärung nachweisen zu lassen. Dem könnte das Gericht jedoch auf zweierlei Weise auch ohne die Anwendung der Zwangsbefugnisse begegnen. Entweder es macht das Finanzgericht im Rahmen seiner Hinweispflicht auf die eingetretenen Bedenken aufmerksam und regt das Finanzamt, welches auch der allgemeinen Mitwirkungspflicht unterliegt, zum weiteren Vorbringen von Tatsachen und Beweisen an, die es sich auch zwangsweise beschaffen kann. Oder es macht von der Möglichkeit des § 100 Abs. 2 Satz 2 FGO Gebrauch und hebt den Bescheid auf. Hierzu genügt zwar nicht, daß allein auf Grund einer anderen Rechtsauffassung des Gerichts weitere Ermittlungen notwendig werden[1]; muß das Gericht aber zu Zwangsmaßnahmen gegen den Kläger schreiten, dürfte dieser Tatbestand erfüllt sein.

---

1) BFH, NJW 1967, 598 (v. 10.11.1966)

Das Absehen von eigenen Ermittlungen des Gerichts in diesen Fällen wird auch den oben gekennzeichneten Funktionen des Untersuchungsgrundsatzes[1] am ehesten gerecht. Die Manipulation der Entscheidung durch den Kläger wird verhindert, und auf den Gesichtspunkt der Verfahrensökonomie braucht das Gericht keine Rücksicht zu nehmen, wenn beide Parteien die notwendigen Aufklärungsanordnungen des Gerichts nicht befolgen[2]. Daher besteht auch für die Beibehaltung der §§ 171 und 172 AO im finanzgerichtlichen Verfahren kein unabweisbares Bedürfnis[3].

§ 24 Anordnung persönlichen Erscheinens

I Allgemeine Sanktionen

Als ein Mittel zur Durchsetzung der allgemeinen Mitwirkungspflicht kann das Gericht in allen drei Verfahren die Beteiligten zum persönlichen Erscheinen auffordern (§ 95 VwGO, § 80 FGO, § 111 Abs. 1 SGG). Das allgemeine Verwaltungs- und Finanzgericht sind befugt, im Falle des Ausbleibens die gleichen Strafen mit Ausnahme der Haftstrafe wie gegen einen nicht erschienen Zeugen anzudrohen und festzusetzen. In Betracht kommt eine Ordnungsstrafe in Geld und Ersatz der durch das Ausbleiben entstandenen Kosten. Die Aussageverweigerung eines erschienen Beteiligten ist jedoch sanktionslos.

Die Sanktionen nach dem SGG sind dem Gesetzestext nicht eindeutig zu entnehmen, da § 111 SGG eine derartige Befugnis des Gerichts nicht direkt ausdrückt. § 111 Abs. 1 S. 2 SGG bestimmt zwar, die Beteiligten seien auf die Folgen des Ausbleibens hinzuweisen, offen bleibt jedoch, welche Folgen damit gemeint sind. Sicher kann das Gericht zunächst die im SGG selbst vorgesehenen Maßnahmen ergreifen, d.h., im Falle des unentschuldigten Ausbleibens eines Beteiligten kann es auch das Auftreten des Prozeßbevollmächtigten untersagen (§ 118 Abs. 3 SGG),

---

1) Vgl. § 21 II

2) § 21 II

3) Ebenso Bettermann, Verhandlungen des 46. DJT, Bd. 2 Teil S 26 (43), Schultz MDR 1966, 31 (32), offenbar Martens a.a.O. Sp. 384, der die Verantwortung für den Ausgang des Rechtsstreits weitgehend den Parteien auferlegt.

nach Lage der Akten entscheiden (§ 126 SGG) oder diesen Umstand bei der Beweiswürdigung berücksichtigen. Zweifelhaft und strittig ist jedoch, ob das Sozialgericht die gleichen Möglichkeiten, zum Beispiel zum Festsetzen einer Ordnungsstrafe hat, wie das Verwaltungs- oder Finanzgericht. Dieses Ergebnis ließe sich über § 202 SGG aus der Geltung des § 95 VwGO, § 80 FGO entsprechenden § 141 Abs. 3 ZPO herleiten, wie es durch die Rechtsprechung der Instanzgerichte[1] und einem Teil des Schrifttums[2] geschieht. Demgegenüber wird geltend gemacht, eine Anwendung des § 141 Abs. 3 ZPO komme deshalb nicht in Frage, weil § 118 SGG für die Beweisaufnahme eine besondere Subsidiaritätsklausel darstelle, in der § 141 ZPO nicht aufgeführt ist[3]. Als lex specialis verdränge § 118 SGG den § 202 SGG. Diese Auffassung geht jedoch von einer falschen Prämisse aus. Da es in der Sozialgerichtsbarkeit gegenwärtig das Beweismittel der Parteivernehmung nicht gibt, kann sich die Anordnung des persönlichen Erscheinens auch nicht auf die Beweisaufnahme beziehen. Da sich § 118 SGG aber auf die Beweisaufnahme bezieht, ist er auf Maßnahmen, die lediglich der Erklärung und Ergänzung des Parteivorbringens dienen, gar nicht anwendbar. Das bedeutet, daß § 202 SGG wieder wirksam wird und eine Anwendung von § 141 Abs. 3 ZPO nicht ausgeschlossen ist. Es liegt auf der Hand, daß wesensmäßige Verschiedenheiten die Anwendung des § 141 ZPO nicht ausschließen, denn die sachlich gleiche Regelung ist auch in der VwGO und FGO enthalten. Es bedarf daher angesichts schon jetzt bestehender inhaltlicher Übereinstimmung lediglich einer Angleichung des Gesetzestextes.

II § 118 Abs. 3 SGG

Als weitere Sanktionsmöglichkeit zur Durchsetzung der Anordnung persönlichen Erscheinens enthält § 118 Abs. 3 SGG die Untersagung des Auftretens des Prozeßbevollmächtigten, eine Regelung, die nur im SGG enthalten ist. Der Zweck der Vorschrift ist unschwer zu erschließen: auf den Betreffenden soll ein Druck zum Erscheinen ausgeübt werden,

---

1) Ba-Wü, LSG, Breithaupt 1955, 1216 (8.6.1955), nW LSG, SozEntsch § 111 Nr. 3, SG Gießen SGb 1963, 432 (v. 12.12.1961)

2) Peters-Sautter-Wolff § 111 Anm. 1; Rohwer-Kahlmann, § 111 Rn 1, Wilke, S. 226

3) Mellwitz, NJW 1954, 781; Miesbach-Ankenbrank § 111 Anm. 8; Schickel SGb 1963, 434

weil er sonst damit rechnen muß, daß auch sein Prozeßbevollmächtigter keine Gelegenheit hat, den Vortrag zu ergänzen oder zu erläutern, was mit Nachteilen verbunden sein kann. Diese Besonderheit ist gewiß nicht aus materiell-rechtlichen Eigenheiten des Sozialrechts zu erklären. Freilich ließe sich auch hier das Bedürfnis der Sozialgerichtsbarkeit anführen, der gerade hier in besonderem Maße zu beklagenden Passivität der Beteiligten entgegenzuwirken. Ob diese Sanktion freilich wirklich beibehalten werden sollte, muß bezweifelt werden, denn wenn wenigstens ein Prozeßbevollmächtigter zum Termin erscheint, so ist das im Sinne einer Ergänzung und Erläuterung des Vorbringens für die Sachaufklärung immer noch besser, als wenn niemand erscheint. Zum anderen kann man von einer Partei, die sich eines Prozeßbevollmächtigten bedient, ein stärkeres persönliches Interesse am Ausgang des Rechtsstreits annehmen, so daß sie von daher aktiver sein wird. Die zusätzliche Drohung mit § 118 Abs. 3 wird daher kaum ein zusätzlicher Motor zur Aktivität sein, so daß diese Vorschrift zu streichen ist.

Zweiter Unterabschnitt: Beweismittel

§ 25 Parteivernehmung nach dem SGG

I Positive Regelung

Im Gegensatz zur VwGO (§ 96) und zur FGO (§ 81) nennt das SGG an keiner Stelle ausdrücklich das Beweismittel der Parteivernehmung. Aus aus § 202 SGG, der die ZPO für subsidiär anwendbar erklärt, läßt sich die Zulässigkeit der Parteivernehmung nicht herleiten, weil § 118 SGG für die Durchführung der Beweisaufnahme eine spezielle Subsidiaritätsklausel enthält, in der die einschlägigen §§ 445-455 ZPO[1] von der Anwendung gerade ausgenommen sind. Das aber kommt gesetzessystematisch einem Ausschluß gleich[2].

---

1) Wegen des Untersuchungsgrundsatzes kommen ohnehin nur die §§ 448, 450-455 für eine Anwendung in Betracht.

2) a.A. Martens NJW 62 S. 1153 (1154), der dieses nicht beachtet.

Von den §§ 106, 122 SGG, die die Anhörung von Beteiligten zum Gegenstand haben, läßt sich ebenfalls nicht auf die Zulässigkeit der Parteivernehmung im Sinne des § 445 ff. ZPO schließen, da die Anhörung in diesem Zusammenhang zunächst nur der Klarstellung und Vervollständigung des Parteivorbringens dient.

Schließlich vermag auch der Wortlaut des § 122 Abs. 2 SGG, wonach die "Niederschrift ... über die Aussage eines Beteiligten diesem vorzulesen oder zur Durchsicht vorzulegen" ist, die Zulässigkeit der Parteivernehmung nicht zu begründen. Zwar korrespondiert nach prozeßrechtlicher Terminologie der "Aussage" eine "Vernehmung", so daß der Wortlaut eine Partei"vernehmung" zuzulassen scheint. Ratio legis und systematische Stellung des § 122 Abs. 2 SGG lassen diese Auslegung jedoch nicht zu. § 122 SGG, der die Regelung des Sitzungsprotokolls enthält, will in seinem Abs. 2, wonach das Vorlesen bzw. die Vorlage der Niederschrift zu protokollieren ist, den Einwand verhindern, die Niederschrift stimme nicht mit den wahren Erklärungen überein. § 122 SGG stellt hier also nur das Vorlesen der Niederschrift und die Genehmigung als wesentliche, also protokollpflichtige Vorgänge heraus, ohne aber sagen zu wollen, welche Arten von Befragungen, deren Beantwortung zu einer Niederschrift führt, zulässig sind[1]. Die Parteivernehmung muß daher in der Sozialgerichtsbarkeit als unzulässiges Beweismittel angesehen werden[2].

II Kritik

1) Rechtfertigungsversuche

Überzeugende Gründe, aus denen das SGG das Beweismittel der Beteiligtenvernehmung ausgenommen hat, werden nirgends angeführt. Unrichtig und wenig verständlich ist jedenfalls der Hinweis von Miesbach-Ankenbrank[3],

1) Ebenso BSG v. 19.7.1961, Breithaupt 1962 S. 262 Fn 1, Peters-Sautter-Wolff § 118 Anm. 4 a m.w.N.

2) Ebenso das BSG in ständiger Rechtsprechung; zuletzt SGb 1967, 117 (v. 25.5.1967), a.A. Baur, Rechtsschutz im Sozialrecht S. 35 ff. (45) jedoch ohne nähere Begründung

3) § 118 Anm. 5

die Parteivernehmung sei eine typische Einrichtung des Parteiprozesses, denn dies ist durch die weitere Rechtsentwicklung widerlegt und konnte auch früher nicht überzeugen[1], weil z.B. im Strafprozeß der Angeklagte auch "vernommen" wird. Man wird mit Martens davon ausgehen dürfen[2], daß der Gesetzgeber, handelt es sich doch um die erste große Aufgabe auf dem Gebiet des Prozeßrechts nach dem Kriege, noch unter dem Eindruck der alten, 1933 aufgehobenen Vorschriften über den zugeschobenen und zurückgeschobenen Parteieid gestanden hat, wonach dem Eid die volle Beweiskraft zukam (§ 463 ZPO), was in den Sozialgerichtsprozeß nicht gepaßt hätte[3].

2) Parteivernehmung - Parteianhörung

Im Gegenteil, im sozialgerichtlichen Verfahren besteht wie in allen anderen Verfahren ein echtes Bedürfnis nach der Zulässigkeit der Parteivernehmung, da nicht immer Zeugen, Urkunden, Augenscheinsobjekte oder Gegenstände, die einem Sachverständigengutachten zugänglich sind, als Beweismittel vorhanden sind. Bei einem solchen Beweisnotstand sind die Angaben des Klägers einzige Erkenntnisquelle. Man denke nur an Unfälle ohne Zeugen[4], an Ansprüche im Zusammenhang mit dem Kriegsgeschehen, mit Flucht und Vertreibung[5]. Da hier mit den herkömmlichen Mitteln ein Beweis zur Beseitigung von Zweifeln des Gerichts häufig nicht möglich sein wird und damit in diesen Fällen nicht die häufig zu unbilligen Ergebnissen führenden Regeln über die objektive Beweislast zur Anwendung kommen müssen[6], behilft sich die gerichtliche Praxis mit dem Institut der Anhörung der Parteien im Sinne von §§ 106 Abs. 1, 112 Abs. 2 SGG. Es heißt, das Gericht "könne den Sachvortrag eines Beteiligten bei der Überzeugungsbildung verwerten"[7], ja, es sei sogar

---

1) So aber BayLSG v. 10.6.1955, Breithaupt, 1956 S. 547

2) NJW 1962, 1153 ff. (1155)

3) Aus den Gesetzgebungsmaterialien ergeben sich keine Hinweise.

4) So in dem Fall BSG SGb, 1967, 117 (v. 25.5.1965)

5) So auch Farnsteiner ZfS 1961, Krebs BG 1957, 202 (203), Kretschmer NJW 65, 380; Richter RLA 1965, 193

6) Deshalb begnügen sich die Gesetze schon teilweise mit Glaubhaftmachung, vgl. § 331 LAG, § 16 KgfEntG; § 35 FeststG; § 176 BEG.

7) BSG SGb 1967, 117; ebenso auch BVerwG 17, 127 (129) (v. 8.11.1963)

in "geeigneten Fällen unter Beachtung der gebotenen Sorgfalt" dazu verpflichtet[1]. Ebenso wie echte Beweisaufnahmen könnten auch die Erklärungen von Beteiligten die Grundlage des Urteils bilden[2]. Es ist daher einzugehen auf die Abgrenzung von Parteivernehmung und Parteianhörung (-vortrag, -erklärung).

Im Zivilprozeß ist diese Abgrenzung dahin vorzunehmen, daß die Angaben der Partei bei Vortrag und Anhörung den Streitstoff, die Angaben im Rahmen der Vernehmung den Beweisstoff liefern[3]. Es liegt nahe, im gleichen Sinne auch in der Verwaltungsgerichtsbarkeit, also auch im sozialgerichtlichen Verfahren, zu unterscheiden, was teilweise auch getan wird[4]. Das setzt freilich voraus, daß sich im Verwaltungsprozeß Streitstoff und Beweisstoff überhaupt voneinander abgrenzen lassen. Im Zivilprozeß resultiert diese Unterscheidung aus dem Verhandlungsgrundsatz. Der Richter erhebt Beweis nur über das, was zwischen den Parteien streitig ist. Was unstreitig ist, muß er als wahr unterstellen. Der Streitstoff ist also das Vorbringen, aus dem sich ergibt, was streitig ist und was beweisbedürftig ist. Der Beweisstoff ist das, mit dem das Beweisbedürftige bewiesen wird. In einem Verfahren mit Untersuchungsgrundsatz lassen sich jedoch Streitstoff und Beweisstoff nicht in dieser Weise abgrenzen[5], denn der Richter erhebt hier nicht Beweis über das, was unter den Parteien streitig ist, sondern über das, was ihm zweifelhaft erscheint, mögen sich seine Zweifel allerdings in der Regel auch erst auf Grund von Gegenbehauptungen einstellen. Was beweisbedürftig ist, also den Streitstoff, bestimmen nicht die Parteien durch ihr Vorbringen, sondern allein das Gericht kraft der Pflicht, die Tatsachen von Amtswegen festzustellen. Da das Verwaltungsgericht das Parteivorbringen nicht als bindend annehmen darf, auch wenn es unbestritten bleibt, ebenso wie es das bestrittene Vorbringen als wahr ansehen darf[6], muß es das Vorbringen in jedem Fall daraufhin würdigen,

---

1) BSG SozR SGG § 128 Nr. 56 (v. 15.8.1960)

2) BSG Breithaupt 1962, 262, (v. 19.7.1962)

3) Ebenso Blomeyer S. 397; Rosenberg S. 296, 297

4) BVerwG 17, 172 (129); Haueisen DOK 1957, 173 (177); Jennewein SGb 1967, 119; Wilke S. 224 "Anhörung ist kein Beweismittel".

5) Blomeyer S. 397 sagt, daß sich im Scheidungsprozeß, wo der Untersuchungsgrundsatz gilt, die Grenzen zwischen Vernehmung und Anhörung verwischten.

6) a.A. jedoch Martens, NJW 1962, 1153 ff. (1154), wonach bestrittenes Parteivorbringen als Erkenntnisquelle nur durch das "Medium der Beweisaufnahme" Grundlage des Urteils werden könne.

ob es zu Zweifeln Anlaß gibt. Diese in jedem Falle - wenn auch nicht immer bewußt vorgenommene - Würdigung des Parteivorbringens unterscheidet sich aber von der Würdigung einer Parteiaussage im Rahmen einer förmlichen Vernehmung wesensmäßig in nichts[1], denn in beiden Fällen muß sich der Richter schlüssig darüber werden, inwieweit er den Angaben der Partei Glauben schenken kann. Im Blick auf die allein wesentliche Tätigkeit der Würdigung der tatsächlichen Angaben gibt es also keinen Unterschied. Das Medium, durch das sie Grundlage des Urteils werden, ist in beiden Fällen gleich. Da es folglich in einem Verfahren mit Untersuchungsgrundsatz den Unterschied zwischen Streitstoff und Beweisstoff nicht gibt[2], jedenfalls soweit es sich um die Äußerungen der Beteiligten handelt, sind Parteianhörung und Parteivernehmung in den verwaltungsgerichtlichen Verfahren nach materiellen Kriterien nicht zu unterscheiden[3], denn auch andere materielle Abgrenzungskriterien gibt es nicht.

Abgrenzbar sind diese beiden Formen der Parteiäußerungen vielmehr nur nach formellen Kriterien[4], die Notwendigkeit eines Beweisbeschlusses, Möglichkeit der Beeidigung, Hinweis auf die Folgen falscher Aussagen. Hieraus können sich freilich gewisse materiell-rechtliche Auswirkungen ergeben, denn eine Aussageperson, die zur Wahrheit ermahnt wird, wird präziser antworten, zumal sie strafrechtlich leichter zur Verantwortung gezogen werden kann. Der Beweiswert einer solchen Aussage wird also erhöht[5].

---

1) Auch das BVerwG 17, 127 (129) sagt, daß das Gericht Erklärungen eines Beteiligten im Rahmen einer Anhörung "würdigen" kann, obwohl zu dieser Ansicht nach der VwGO streng genommen kein Anlaß besteht, weil es die Parteivernehmung ausdrücklich gibt.

2) Abzulehnen daher die auf S. 137 Fn 4 genannten, insbesondere Jennewein, wonach ein Verfahrensfehler vorliegt, wenn das Gericht die Ausführungen des Klägers bei der Anhörung "wie eine Parteivernehmung" gewürdigt hat.

3) Ebenso Menger, Rechtsschutz im Sozialrecht, 145 ff. (169)

4) Menger a.a.O. S. 170, der lediglich auf die materiellen Abgrenzungsmerkmale abstellt, läßt es dahingestellt, ob es sich hierbei um "Aussagen" oder "Erklärungen" handelt und hält das für eine Frage des "begrifflichen Geschmacks" (S. 171). Auch das BVerwG 17, 127 (129) grenzt nur nach formellen Kriterien ab, ohne aber zu sagen, wann nun eigentlich die Formvorschriften zu beachten sind.

5) Gleichwohl bildet die Beteiligtenvernehmung ein höchst unzuverlässiges Beweismittel, was aber nicht heißt, daß sie nur "subsidiär" zulässig ist. So mit Recht Kretschmer NJW 1965, 383 ff. (384) gegen BVerwG DÖV 1963, 517 (v. 9.11.1962)

Gesichtspunkte für eine unterschiedliche Regelung der Förmlichkeiten und der sich hieraus ergebenden Besonderheiten in den Verwaltungsprozeßordnungen sind aber nicht ersichtlich. Es handelt sich bei der unterschiedlichen Regelung des Instituts der Parteivernehmung demnach um eine sachlich nicht vertretbare Abweichung.

§ 26 Die Pflichten der Zeugen im Steuerprozeß

Nicht nur die Pflichten der Kläger, sondern auch die Pflichten Dritter, also am Prozeß selbst nicht beteiligter Personen, sind im Finanzprozeß durch § 85 FGO erweitert. Hiernach muß der Zeuge über die allgemeine Pflicht zur Aussage und zur Auffrischung des Gedächtnisses im Rahmen des Zumutbaren[1] hinaus parallel zu seiner Mitwirkungspflicht im Veranlagungsverfahren Urkunden, Schriftstücke und Geschäftsbücher vorlegen, sich über ihm bisher unbekannte Tatsachen aus ihm zur Verfügung stehenden Geschäftsbüchern und Schriftstücken informieren[2] und Aufzeichnungen entnehmen (§ 183 AO).

Ihrer Natur nach dienen diese Pflichten zunächst der Steuererhebung durch die Behörden. Es fragt sich daher, inwieweit sich diese Pflichten auch von den heutigen Funktionen des Finanzprozesses her rechtfertigen lassen. Daß die "Stellung" der Finanzgerichte derartige akzessorische Mitwirkungspflichten grundsätzlich nicht rechtfertigt, wurde bereits in anderem Zusammenhang erwähnt[3]. Es ist jedoch offensichtlich, daß der Gegenstand der Äußerungen des Zeugen im Steuerprozeß Besonderheiten aufweist. Die Kundgabe eigener Wahrnehmungen aus dem Gedächtnis wird nur selten erhebliche und verwertbare Tatsachen ans Licht bringen. Bei den wichtigsten Steuern ergeben sich nämlich die wesentlichen Tatsachen aus Geschäftsbüchern, Quittungen, Akten usw., so daß sinnvolle Aussagen nur möglich sind, wenn sich der Zeuge damit befaßt. Der Zeuge muß also, soll seine Person überhaupt Beweismaterial liefern, verpflichtet werden können, die ihm zur Verfügung stehenden Unterlagen

---

1) Baumbach-Lauterbach Anm. 3 vor § 373

2) Diese Pflicht besteht für den Zeugen sonst nicht, Rosenberg, S. 580; Stein-Joh. Pohle, Anm. IV vor § 373.

3) Vgl. § 23

auszuwerten. Dabei kann naturgemäß nicht unterschieden werden zwischen dem, was er schon einmal wahrgenommen hat, und dem, was für ihn neue Informationen sind. Insoweit kann man ihn nicht mehr als Zeugen im üblichen Sinn bezeichnen. Aber nicht nur die gesteigerte Informationspflicht ist von der Eigenart des Steuerprozesses her zu rechtfertigen, sondern auch die Pflicht, Urkunden und Geschäftspapiere vorzulegen. Vielfach läßt sich nämlich durch einfache Befragung, - wenn überhaupt - nur unter Schwierigkeiten feststellen, was der Zeuge überhaupt an wichtigen Beweisstücken vortragen könnte[1].

Soweit jedoch § 183 AO die Vorlegung von Wertsachen und die Einsichtgewährung in verschlossene Behältnisse betrifft, steht der Charakter der Steuerermittlung derart im Vordergrund, daß eine sachliche Notwendigkeit für die Übernahme in das Gerichtsverfahren nicht anzuerkennen ist.

Überflüssig ist die Übernahme von §§ 184, 185 AO in § 85 FGO, da es nach dem geltenden Steuersystem Verbrauchssteuern, die der Verbraucher zu entrichten hat, nicht gibt und die Wertermittlung von Wertpapieren (§ 185 AO) auf Grund der Börsenkurse erfolgt[2].

§ 27 Die Schätzungsbefugnis der Finanzgerichte

a) Die FGe sind durch die FGO auch mit der traditionellen Eigentümlichkeit der abgabenrechtlichen Schätzung (früher § 270 AO) versehen worden (§ 96 Abs. 1 S. 2, FGO iVm § 217 AO). Wenn es nicht möglich ist, die Besteuerungsgrundlagen mit den zur Verfügung stehenden Mitteln aufzuklären, müssen die Finanzämter diese schätzen. Nach der Konstruktion des Gesetzes wird geschätzt, das sei zur Verdeutlichung betont, nicht die Höhe der Steuer, sondern die Besteuerungsgrundlagen, aus denen sich die Höhe der Steuer ergibt. Es handelt sich demzufolge um einen Akt der Sachverhaltsermittlung. Die FGe sind also nicht nur befugt, eine vom Finanzamt vorgenommene Schätzung auf ihre Zulässigkeit und die angewendete Methode nachzuprüfen, sondern sie dürfen sie auch, wie bei jeder Tatsachenfeststellung, durch eine eigene Schätzung ersetzen oder

---

1) Gleichwohl ist von § 183 AO nur mit Vorsicht Gebrauch zu machen, vgl. Tipke-Kruse § 183 AO Rn 4.

2) Ebenso Ziemer-Birkholz § 85 Rn 7, 8

erstmalig schätzen, wenn die gerichtliche Tätigkeit deren Notwendigkeit ergibt.

b) Bei der Prüfung der Rechtfertigung dieser Besonderheit ist auszugehen vom Sinn der Schätzung, der unschwer erkennbar zunächst darin liegt, daß die Finanzämter in Fällen, wo der Sachverhalt nicht aufzuklären ist, mit Sicherheit aber ein steuerpflichtiger Tatbestand verwirklicht worden ist, nicht zu einer Freistellung von der Steuer genötigt sein sollen[1]. Bei dieser Sachlage würde der pflichtgemäß handelnde Steuerpflichtige gegenüber dem nachlässigen oder seine Verhältnisse gar verschleiernden benachteiligt, unklare oder gar fehlende Buchführung würde prämiert. Wenn auch das Finanzamt andererseits steuermindernde Umstände, für die Beweise im herkömmlichen Sinn nicht erbracht werden können, schätzen muß, so erweist sich die Schätzung doch als Sanktion der Mitwirkungspflichten der Steuerpflichtigen und als ein unumgängliches Mittel zur Steuerfeststellung.

Nach altem Recht folgte die Übernahme des Instituts der behördlichen Schätzung in das Gerichtsverfahren aus der Natur des sich vor den FGen abspielenden Verfahrens als eines verlängerten Veranlagungs- und Feststellungsverfahrens. Heute, wo die FGe nicht mehr die objektive Steuerrechtsordnung aufrecht zu erhalten, sondern Rechtsschutz gegen rechtswidrige Maßnahmen der Verwaltung zu gewähren haben, scheidet die Rechtfertigung der finanzgerichtlichen Schätzung aus dem ihr innewohnenden Zweck der Verwirklichung der staatlichen Steueransprüche aus[2].

Es stellt sich daher die Frage, welche Bedeutung der finanzgerichtlichen Schätzung im Rahmen der Gewährung von Rechtsschutz zuzumessen ist. Dem Kläger, der eine Schätzung des Finanzamts angreift, wird zweifellos in ausreichendem Maße Gelegenheit zur Rechtsdurchsetzung gegen die Verwaltung gegeben, wenn das Gericht, auf die Überprüfung beschränkt,

---

1) So schon RFH 7, 245 (v. 29.11.1912)

2) Gemeinhin wird die Notwendigkeit der Schätzungsbefugnis der Gerichte aus § 100 Abs. 2 FGO begründet, vgl. Amtl. Begr. zur Reg.Vorl. FGO BT-Drs. IV/1446 zu § 94; ebenso Görg-Müller § 96 Anm. 3 (Rn 494), Kühn FGO § 96 Anm. 1. Gleichwohl wird das Wesen der gerichtlichen Schätzung nicht immer von dem der behördlichen unterschieden.

die Schätzung im Falle der Begründetheit des Angriffs aufhebt, wobei zunächst die Frage dahingestellt bleiben mag, ob überhaupt genügend objektive Maßstäbe zu einer vollen Nachprüfung bestehen. Für die Beschränkung auf die rechtliche Nachprüfung der Schätzung spricht der ermessensähnliche Charakter dieser Maßnahme, die, obgleich sie gesetzestechnisch als Tatsachen"feststellung", also in vollem Umfang nachvollziehbar, ausgestaltet ist, nur zu Näherungswerten kommen kann und einen gewissen Spielraum gleich vertretbarer Entscheidungen gewährt. Die Anwendung der Regeln über die Nachprüfung von Ermessensentscheidungen liegt also außerordentlich nahe. Zudem ist die eigentliche Rechtsfolge, nämlich die Feststellung der Höhe der Steuer, ohne einen weiteren Gesetzesanwendungsakt aus dem Gesetz ablesbar. Die Schätzung als solche belastet (oder begünstigt) schon. Es ist daher nicht zu leugnen, daß die Schätzung im Ergebnis eine Entscheidung mit stark volitivem Einschlag ist. Hier werden hypothetische Unterstellungen[1] und Vermutungen die entscheidende Rolle spielen. Rein praktisch setzt eine derartige Tätigkeit neben einem durch die tägliche Praxis geübten Fingerspitzengefühl ein besonderes Maß an Sachnähe voraus, worin sich die Finanzgerichte nicht mit der Verwaltung messen können. Der Erfolg einer solchen Schätzung durch die Finanzgerichte erscheint daher im Hinblick sowohl auf den Finanzzweck als auch auf die Rechtsschutzgewährung problematisch. Abgesehen von diesen praktischen Erwägungen folgt auch aus der eigentlichen Aufgabe der Schätzung als Instrument zur lückenlosen Steuereinziehung, daß sie in den Verantwortungsbereich der Behörden gehört, während die Gerichte eine volle Verantwortung nur für den ihnen zugewiesenen Bereich der Rechtskontrolle von Verwaltungsentscheidungen übernehmen können[2].

Daraus, daß die Schätzung einen notwendigen Ausgleich zu den starren Beweislastregeln enthält, folgt noch nicht, daß auch die Gerichte zu schätzen hätten. Zwar werden die Finanzgerichte nicht selten beim Vorliegen eines "non liquet" die Beweislastregeln des materiellen Steuerrechts heranziehen müssen. Im Falle der Überprüfung einer Schätzung

---

1) Becker-Riewald-Koch § 217 Anm. 1 (5) (6); 2 (1); 7 (2)

2) Kraft, NJW 67, 192 ist offenbar der Ansicht, behördliche und gerichtliche Schätzung hätten die gleiche Aufgabe, jedenfalls unterscheidet er nicht und übertragt die Ergebnisse zur behördlichen Schätzung ohne nähere Fragestellungen auf die gerichtliche Schätzung. Das aber wird dem unterschiedlichen Funktionsbereich von Finanzamt und Finanzgericht nicht gerecht.

beschränkt sich jedoch die Beweislast auf die Frage, ob die Voraussetzungen, Grenzen und hergebrachten Grundsätze der Schätzung eingehalten sind, die grundsätzlich der Kläger wird tragen müssen. Eine Aufhebung der Schätzung kommt also nur dann in Betracht, wenn sie gegen die genannten Grundsätze verstößt. Freilich ließe sich auch hier das verfahrensökonomische Argument anführen, daß eine Schätzung des Gerichts im Sinne einer endgültigen Entscheidung des Falles wünschenswert ist, sei es, daß sich erstmals die Notwendigkeit einer Schätzung stellt, sei es, daß eine Schätzung zwar zulässig ist, vom Finanzamt aber zu hoch geschätzt worden ist. Doch auch hier ist darauf hinzuweisen, daß die verwaltungsgerichtliche Entscheidung grundsätzlich kassatorischer Natur ist, d.h., die Aufgabenverteilung zwischen Verwaltung und Gerichtsbarkeit ist der Verfahrensökonomie vorrangig[1]. Die Schätzung ist aber allein zur Steuererhebung unerläßlich, nicht aber obj. zur Rechtsschutzgewährung, wo die materielle Beweislast ausreicht. Sie ist auch eine wählende Entscheidung und demgemäß dem Funktionsbereich der Finanzverwaltung zugehörig. Auch ein Hinweis auf die Schätzung im Zivilprozeß (§ 287 ZPO) führt nicht weiter, da hier das Gericht die einzige Stelle ist, die überhaupt verbindlich schätzen kann. Die Schätzungsbefugnis der Gerichte ist daher zu beseitigen[2].

---

1) Deshalb wird die Tendenz in der Rechtsprechung des BVerwG, den sog. unüberprüfbaren Beurteilungsspielraum immer mehr abzubauen, vielfach ablehnend beurteilt, so sehr das auch in manchen Fällen aus rechtsstaatlichen Gründen zu begrüßen sein mag, so Bachof, VVV II S. 260-262, Pötter, Der Staat, 3, 182 ff.; Wolff I, S. 149 (§ 31 I c 2): im Sinne der Rechtsprechung Kellner, NJW 66, 357 ff., der sich allerdings auf die Überprüfung beschränkt, bei der Schätzung handelt es sich aber um eine Neubeurteilung.

2) Ebenso Bettermann, 46 DJT Bd. II E f. 29; a.A. Tietgen, ebenda, Bd. I, Teil 2b, S. 32, der dieses Ergebnis für "sinnwidrig" hält und (unter Übersehung von § 96 FGO) der Ansicht ist, die Schätzungsbefugnis sei nicht ausdrücklich in die FGO übernommen.

§ 28 Die Pflicht der Behörden zur Vorlage von Akten und zur Erteilung von Auskünften

I Entbindung von dieser Pflicht durch das Steuergeheimnis

Sämtliche drei Verfahrensgesetze verpflichten die Behörden, seien sie am Prozeß beteiligt oder nicht, zur Vorlage von Akten sowie zur Erteilung von Auskünften, die für die Entscheidung des Rechtsstreits von Bedeutung sind (§ 99 Abs. 1 S. 1 VwGO, § 86 Abs. 1 FGO)[1].

Übereinstimmend werden die Behörden in den Fällen von dieser Verpflichtung befreit, in denen das Wohl des Bundes oder eines Landes dem Bekanntwerden der Vorgänge entgegensteht oder diese nach einem Gesetz oder wesensmäßig geheimzuhalten sind.

Eine weitere Befreiung gewährt § 86 Abs. 1 FGO, wenn durch das Steuergeheimnis geschützte Verhältnisse Dritter unbefugt offenbart werden. Da das in § 22 AO gesetzlich positivierte Steuergeheimnis ohne weiteres unter das Merkmal "nach einem Gesetz oder wesensmäßig geheim" zu subsumieren ist, gibt § 86 Abs. 1 FGO keinen neuen Weigerungsgrund, hat daher dur die Bedeutung eines gesetzlichen Hinweises.

II Die Pflicht zur Geheimhaltung

Während der Wortlaut des § 86 Abs. 1 FGO jedoch zum Ausdruck bringt, daß das Steuergeheimnis die Behörden zur Weigerung der Erteilung von Auskünften und der Aktenvorlage v e r p f l i c h t e t , liegt nach den übrigen Voraussetzungen, jedenfalls nach landläufiger Ansicht[2], die Weigerung trotz Vorliegens eines Weigerungsgrundes im Ermessen der Behörden.

Die unterschiedliche Bindung der Verwaltung bei der Weigerung läßt sich

---

1) § 119 Abs. 1 SGG ist redaktionell anders gefaßt, besagt aber inhaltlich nichts anderes, ebenso Peters-Sautter-Wolff § 119 Anm. 1 a m.w.N.

2) Eyermann-Fröhler § 99 Anm. 6; BVerwG 19, 179 (184) (v. 19.8.1964)

durch die verschiedenen Richtungen, in die der Geheimhaltungsschutz zielt, erklären: Bei der Frage nach der wesensmäßigen Geheimhaltungsbedürftigkeit standen bisher Probleme der Geheimhaltung von Prüfungsakten im Vordergrund[1], Fälle also, in denen es auf den Schutz der Verwaltung ankommt, jedenfalls in denen die Verwaltung ein Geheimhaltungsbedürfnis geltend macht, ähnlich dem Schutz des Wohls des Bundes oder eines Landes[2]. Hierbei sind häufig Opportunitätsgesichtspunkte zu berücksichtigen, so daß ein Ermessen der Verwaltung bei der Wahrnehmung dieser Interessen sinnvoll ist. Hiervon ausgehend ist auch die Ansicht zu billigen, wonach die Weigerung wegen wesensmäßiger Geheimhaltungsbedürftigkeit im Ermessen der Verwaltung steht[3]. Liegt allerdings kein Geheimhaltungsgrund vor, müssen die Akten vorgelegt werden.

Vorgänge, die denen durch das Steuergeheimnis geschützten vergleichbar sind, in denen es also auf den Schutz Dritter ankommt und die als wesensmäßig geheimhaltungsbedürftig anzusehen sind, kommen im Bereicht der allgemeinen Verwaltung und der Sozialversicherung seltener vor. Denkbar sind Fälle, in denen das Gericht Personal- oder Disziplinarakten Dritter anfordert, um Vergleiche, etwa bei der Beförderung, anzustellen, oder das Ersuchen um Aushändigung von Gesundheitszeugnissen oder ärztlichen Gutachten[4]. Das BVerwG hat in diesem Zusammenhang ausdrücklich festgestellt, daß die Disziplinarakten Dritter grundsätzlich wesensmäßig geheimzuhalten sind[5]. Der These des BVerwG, daß daraus keine Folgerungen für die Berechtigung bzw. Verpflichtung zur Geheim-

---

1) Zuletzt BVerwG v. 10.7.1964, JZ 1964 S. 767 m. kritischer Anm. v. Menger und Erichsen.

2) Wie sich eindeutig aus den Gesetzgebungsmaterialien ergibt. Deutscher Bundestag, Protokolle des Rechtsausschusses, 3. Wahlperiode, 48. Sitzung v. 5.2.1959 u. 64. Sitzung vom 23.4.1959; Rohwer-Kahlmann § 119 Rn 2 und 5.

3) a.A. Maetzel DVBl 1966, 665 (669): der Weigerungsbefugnis entspreche eine Weigerungspflicht. Damit dürfte aber dessen weitere Ansicht (S. 667 Fn 25) nicht vereinbar sein, daß der Dienstherr dem Beamten auch dann von der Schweigepflicht entbinden kann, wenn ein Grund für die Verweigerung der Aussagegenehmigung (§ 61 Abs. 1 BBG) gegeben ist.

4) Maetzel a.a.O., 669, 670; Peters-Sautter-Wolff § 119 Anm. 1 b

5) BVerwG 19, 179 (189) (v. 19.8.1964) ZBR 1965, 152 m. Anm. von Wilhelm. A.A., jedoch ohne nähere Begründung. Redeker, Staatsbürger und Staatsgewalt Bd. 2, 475 (480)

haltung zu ziehen sind, stehen jedoch Bedenken entgegen. Derartige Aktenvorgänge reichen hinein in den persönlich-privaten Bereich des Bürgers, so daß eine Vorlage gegen seinen Willen insbesondere im Hinblick auf das Akteneinsichtsrecht sämtlicher Verfahrensbeteiligter (§ 100 VwGO, § 120 SGG) einen belastenden Eingriff in seine Persönlichkeitssphäre bedeutet. Dieses kann aber nicht im Ermessen der Behörde stehen, sondern bedarf einer zwingenden gesetzlichen Legitimation. Die Frage, wann eine Behörde die Vorlage verweigern m u ß , korrespondiert daher hier mit der Frage, wann sie das Geheimhaltungsinteresse Dritter verletzen d a r f . Diese Frage ist folglich dahin zu beantworten, daß die Behörde hier mangels einer gesetzlichen Ermächtigung zum Eingriff in die Persönlichkeitssphäre zur Weigerung verpflichtet ist[1]. Hiernach kommt § 86 Abs. 1 FGO keine besondere Bedeutung zu, weil er eine Ermächtigung zum Eingriff in die Persönlichkeitssphäre gerade nicht enthält. Nur soweit man das bloße Bestehen der Vorlagepflicht als eine entsprechende Ermächtigung ansehen will[2], erfüllt § 86 Abs. 1 FGO eine eigenständige Funktion, indem er das Steuergeheimnis in diesen Fällen als immer zur Geheimhaltung verpflichtend erklärt, während sonst die Vorlage zulässig ist. Dabei beschränkt freilich der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit die Zulässigkeit der Vorlage nach der VwGO und dem SGG auf die Fälle, in denen das Interesse an der Wahrheitsfindung dem Geheimhaltungsinteresse des betroffenen Bürgers vorgeht[3].

---

1) Unter diesem Gesichtspunkt ist der hier interessierende Fragenkomplex bisher noch nicht erörtert. Übereinstimmend mit der hier entwickelten Ansicht Lepper DöV 1962, 813 ff. (814); Maetzel DVBl 1966, 665 (669/670) Pappai BArbBl 1962, 1021 (1026). Kritisch zum BVerwG auch Bachof VVV II, 191, der mit Recht feststellt, daß diese Rechtsprechung auf eine gewisse Relativierung der Geheimhaltungsbedürftigkeit hinausläuft.

2) Was wenigstens historisch betrachtet unzutreffend wäre.

3) So das BVerwG a.a.O., S. 187 (zustimmend Wilhelm), das diese Frage nur aus dem Blickwinkel des Klägers prüft, wann die Behörde die Vorlage verweigern darf. Da aber das Weigerungsermessen durch die Interessenabwägung gebunden ist und regelmäßig das "Interesse an der Wahrheitsfindung" ein privates Interesse an der Gewährung von Rechtsschutz ist, wird das private Geheimhaltungsinteresse regelmäßig überwiegen, so daß es nur wenige Fälle gibt, wo die Behörde trotz Geheimhaltungsinteresses eines Dritten die Akten wirklich vorlegen "darf", was der Abweichung die Spitze nimmt. Nach Düwel S. 130 gehören hierzu die Fälle, die wegen ihres Geheimhaltungsinteresses der Ausforschung entzogen sind.

Im Sinne der Rechtsprechung des BVerwG enthält § 86 Abs. 1 FGO demnach eine inhaltliche Sonderregelung. Warum aber das Steuergeheimnis hier einen absoluten, die übrigen geheimhaltungsbedürftigen privaten Rechtsgüter nur einen relativen Schutz genießen, ist ausschließlich damit zu erklären, daß der Schutz des Steuergeheimnisses eine eminent praktische Bedeutung hat. Das allein läßt aber eine Sonderregelung des finanzgerichtlichen Verfahrens noch nicht zwingend geboten erscheinen. Vielmehr ist der absolute Geheimhaltungsschutz in § 86 Abs. 1 FGO als Vorbildlich für eine Anpassung anzusehen.

III Das Verfahren bei Weigerung

1) Erklärung der Weigerung

a) Eine inhaltliche Besonderheit des § 86 Abs. 1 FGO liegt noch darin, daß die ersuchte Behörde im Falle des Schutzes des Steuergeheimnisses die Vorlage resp. Auskunft selbst verweigern darf und muß, während in allen übrigen Fällen die Weigerungserklärung von der obersten Aufsichtsbehörde auszusprechen ist. Soweit es sich um das Geheimhaltungsinteresse des Staates und der Verwaltung handelt, ist diese Regelung sinnvoll, denn die hierbei auftretenden Opportunitätsgesichtspunkte können nur von der Verwaltungsspitze wahrgenommen und entschieden werden. Für diese Fälle liegt eine Übereinstimmung in den Gesetzen auch bereits vor. Die Divergenz besteht in den Fällen des Interesses Dritter an der Geheimhaltung. Nach der FGO entscheidet für den Fall des Steuergeheimnisses die ersuchte Behörde selbst, sonst die oberste Aufsichtsbehörde. Diese Divergenz ist sachlich nicht zu rechtfertigen und nur historisch zu erklären. Die Mitwirkung der Aufsichtsbehörde war zunächst als Sicherungsmittel gegen den Mißbrauch mit dem Weigerungsrecht gedacht. Die Frage des Geheimhaltungsinteresses Dritter beurteilt sich nach zwingendem materiellem Recht, welches in den einzelnen Verwaltungszweigen durchgängig von den jeweils aktenführenden Behörden angewendet werden kann. § 86 Abs. 1 FGO darf daher für die Fälle des Geheimhaltungsschutzes Dritter als für die Vereinheitlichung in Betracht kommendes Muster angesehen werden.

b) Das Fehlen einer dem § 119 Abs. 2 SGG entsprechenden Regelung in den anderen Verfahrensordnungen, wonach bei Aktenvorlagen und Auskünften von obersten Bundes- und Landesbehörden die Weigerungserklärung von der Bundes- bzw. Landesregierung auszusprechen ist, gibt Anlaß zu der Frage, wie diese Fälle nach der VwGO und FGO zu beurteilen sind. Die Ansichten hierzu sind geteilt. Während Redeker v. Oertzen[1] für die Fälle, in denen die Ministerialbehörde aktenführend ist, entsprechend § 119 Abs. 2 SGG entscheiden, wie es für das verwaltungsgerichtliche Verfahren dem früheren Rechtszustand entspricht (§ 41 Abs. 2 BVerwGG), nehmen h.L. und Rechtsprechung an, die Behörde sei selbst für die Erklärung der Weigerung zuständig[2]. Die Auffassung von Redeker v. Oertzen ist abzulehnen. Zum einen ist die Bundes- bzw. Landesregierung nicht oberste Aufsichtsbehörde, zum anderen sprechen auch ratio legis und Entstehungsgeschichte dagegen. Die sozialgerichtliche Regelung resultiert daraus, daß im SGG keine Möglichkeit vorgesehen ist, die Weigerungserklärung der Behörde gerichtlich nachzuprüfen. Die Mitwirkung der Bundes- bzw. Landesregierung war daher als Sicherungsmittel gegen den Mißbrauch des Weigerungsrechts gedacht. Die gleiche Regelung war auch in der Regierungsvorlage zur VwGO[3] vorgesehen, wurde aber auf Anregung des Rechtsausschusses des Bundestages geändert, weil man einen besseren Schutz gegen den Mißbrauch mit dem Weigerungsrecht gefunden zu haben glaubte[4].

Das SGG trifft hier also eine Sonderregelung, wobei kein Zweifel darüber bestehen kann, daß sie durch die Rechtsentwicklung überholt ist, ihre Existenz mit sachlich überzeugenden Gründen nicht zu rechtfertigen ist.

2) Umfang der gerichtlichen Bindung

Mit § 119 Abs. 2 SGG hängt eng zusammen eine weitere Besonderheit des sozialgerichtlichen Verfahrens, nämlich die bereits angedeutete Entscheidung über die Frage der Rechtmäßigkeit der Vorlageverweigerung. Nach dem SGG ist die Erklärung der obersten Aufsichtsbehörde bzw. der Bundes- und Landesregierung für alle Beteiligten bindend, jedenfalls

---

1) § 99 Anm. 4

2) Eyermann-Fröhler § 99 Rn 6; Schunck-De Clerck § 99 Anm. 2 a 2 b BVerwG v. 19.8.1964 BVerwGE 19, 179 (182, 193)

3) BT-Drs. III/55, § 100

4) Vgl. Deutscher Bundestag, Protokolle des Rechtsausschusses 3. Wahlperiode, 48. Sitzung, S. 13, 14 (Abg. Bauer)

kann sie im Verfahren nicht mehr mit formellen Rechtsbehelfen angegriffen werden[1]. Nach § 99 Abs. 2 VwGO und § 86 Abs. 3 FGO entscheidet das Gericht der Hauptsache darüber, ob das Weigerungsrecht glaubhaft gemacht worden ist. Ob ein Geheimhaltungsinteresse auch tatsächlich besteht, ergibt sich erst aus den Akten, kann daher nicht vom Gericht entschieden werden, denn objektiv geheimhaltungsbedürftige Vorgänge müssen auch wirklich geheim bleiben. Andererseits verhindert diese Vorschrift, daß kein Mißbrauch mit der Berufung auf das Weigerungsrecht getrieben wird.

Die hier auftretende Problematik, nämlich der Ausgleich der Interessen unbeteiligter Dritter sowie der von den Behörden geltend gemachten Interessen an Geheimhaltung gegenüber dem Interesse der Beteiligten an zusätzlichem Beweismaterial, stellt sich in allen drei Verfahren gleichermaßen und kann daher auch in gleicher Weise gelöst werden, so daß die Besonderheit nach dem SGG nicht gerechtfertigt erscheint[2] und eine Angleichung vorzunehmen ist.

IV Aktenübersendung durch das FA (§ 71 Abs. 2 FGO)

Für die den Streitfall unmittelbar betreffenden Behördenakten enthält die FGO in § 71 Abs. 2 eine weitere Besonderheit. Hiernach muß das Finanzamt die genannten Akten nach Empfang der Klageschrift von Amtswegen an das Gericht übersenden, während in allen übrigen Fällen, insbesondere nach § 99 VwGO, § 119 SGG, die Aktenübersendung nur auf ein entsprechendes Ersuchen des Gerichts zu erfolgen hat.

Historisch bedeutet diese Besonderheit eine Übernahme des früheren § 268 AO[3]. Diese Vorschrift war nach früherem Recht aus der Natur

---

1) In Betracht käme eine selbständige Verpflichtungsklage gegen die Weigerung parallel zur Verpflichtungsklage gegen die Weigerung zur Erteilung der Aussagegenehmigung eines Beamten.

2) Darüber darf auch nicht die Bemerkung von Peters-Sautter-Wolff § 119 Anm. 1 b hinwegtäuschen, wonach hierin ein "bis zum Letzten gehendes Rechtsschutzdenken" und eine "Überforderung des Gerichts" liegen soll.

3) Vgl. Amtl. Begr. zu § 69 d. Entwurfs, BT-Drs. IV/1446

des finanzgerichtlichen Verfahrens als verlängertes Veranlagungsverfahren zu verstehen. Durch die Einlegung der "Berufung", der heutigen Klage, die regelmäßig bei dem betreffenden Finanzamt erfolgte (§ 249 Abs. 3 AO aF), trat das Finanzgericht an die Stelle des Finanzamts, das Finanzgericht wurde Herr über das Verfahren und den Steuerfall. Diese Änderung in der Verfahrensherrschaft fand in der Übersendung der Klageschrift zusammen mit den Akten des Steuerfalls Ausdruck[1].

Nach geltendem Recht kann der Sinn der Vorschrift darin gesehen werden, daß das Gericht sich im Interesse der Entscheidung an Hand der Behördenakten ein Bild über den Rechtsstreit machen kann[2]. Hieraus läßt sich aber eine finanzprozessuale Besonderheit nicht rechtfertigen, denn das Bedürfnis nach Information über den streitigen Fall besteht in allen Zweigen der Verwaltungsgerichtsbarkeit; ohne die Akten der beteiligten Behörde kann das Gericht in keinem Fall den Streit entscheiden, wenn es dem Untersuchungsgrundsatz Genüge leisten will. Die Frage, wie das Gericht in den Besitz der Akten kommt, ist lediglich technischer Natur und ist auf zweierlei Weise lösbar: entweder versendet die Behörde die Akten von Amtswegen oder nur auf einen entsprechenden Antrag des Gerichts. In den einzelnen Verfahren eine Sonderregelung zu treffen, erscheint nicht geboten. Die finanzprozessuale Lösung, Versendung von Amtswegen, ist nicht einmal ökonomischer oder zeitsparender, da das Gericht die Klage der Behörde ohnehin zuzustellen hat und die Versendung erst nach Zustellung erfolgt. Mit der Zustellung könnte aber zugleich das Ersuchen um Aktenübersendung verbunden werden. Auf den Fortgang des Verfahrens wirkt sich eine unterschiedliche Ausgestaltung des Vorlageverfahrens daher nicht aus, so daß in dieser Frage eine übereinstimmende Regelung anzustreben ist.

---

1) So auch Berger, § 268 Anm. 1 a

2) So Mattern-Messmer § 269 Rn 2203; Hübschmann § 71 FGO Rn 7; Ziemer-Birkholz § 71 Rn 10. Die Erklärung dieser Vorschrift durch Görg-Müller § 71 Anm. 3 (Rn 367) aus dem Prinzip der materiellen Wahrheitsfindung und dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs überzeugt demgegenüber nicht.

Dritter Unterabschnitt: Das Verfahren

§ 29 Die Behandlung von Beweisanträgen

I § 86 Abs. 2 VwGO

Nach § 86 Abs. 2 VwGO muß die Ablehnung eines in der mündlichen Verhandlung gestellten Beweisantrags in Form eines mit Gründen versehenen Beschlusses geschehen. In den beiden anderen Verfahrensgesetzen ist eine entsprechende Vorschrift nicht ausdrücklich enthalten und auch nicht aus anderen Vorschriften abzuleiten, so daß anzunehmen ist, daß diese Förmlichkeit im finanz- und sozialgerichtlichen Verfahren nicht zu beachten ist[1].

Die Frage nach der Berechtigung dieser Abweichung hat auszugehen vom Sinn dieser Formvorschrift. Zunächst hat diese Bestimmung einen pädagogischen Zweck: das Gericht soll dadurch, daß es die Ablehnung in einen begründeten Beschluß faßt, sich Rechenschaft darüber ablegen müssen, ob ein Ablehnungsgrund auch wirklich vorliegt. Bei den Beratungen im Rechtsausschuß des 3. Bundestages setzte sich die Ansicht durch, daß die Gerichte mit den Beweisanträgen vielfach zu großzügig umgingen[2]. Damit stimmt die Beobachtung von Schneider[3] überein, daß die Übergehung von Beweisanträgen durch die Berufungsgerichte ein besonders häufiger Fall der Aufklärungsrüge in der Revision sei. Freilich läßt sich für die Sozial- und Finanzgerichtsbarkeit der Beweis für die Notwendigkeit dieser Bestimmung allein auf Grund der veröffentlichten Entscheidungen, soweit sie Sachaufklärungsrügen zum Gegenstand haben, nicht zwingend erbringen. Neben diesem Zweck, die Gerichte in dem Bestreben zu bestärken, ihre Entscheidungen in diesem Punkte revisionssicher zu machen, dient diese Vorschrift aber auch dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs. Der Antragsteller soll in der Lage sein, sich auf die Rechts- und Sachauffassung des Gerichts entsprechend einzurichten,

---

1) Ebenso Hübschmann-Hepp-Spitaler § 76 FGO Rn 20

2) Protokolle, 3. Wahlperiode, 47. Sitzung v. 4.2.1959 (S. 39)

3) Festschrift Carl Heymanns-Verlag S. 197 ff. (203)

neue Tatsachenforschungen anzustellen oder sich in seinem abschließenden Vortrag damit auseinanderzusetzen. Das hat allerdings zur Folge, daß das Gericht den Prozeßstoff dann häufig schon völlig durcharbeiten muß, denn erst dann kann mit einiger Sicherheit gesagt werden, ob es auf den beantragten Beweis ankommt oder nicht. Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs verbietet es aber, die Erledigung des Antrags soweit hinauszuschieben, daß Urteilsverkündung und Verkündung des Beschlusses gleichzeitig erfolgen[1]. Die Folge wird dann häufig eine Unterbrechung der mündlichen Verhandlung mit praktischer Vorwegnahme der Urteilsberatung sein, ein prozeßökonomisch höchst unpraktischer Umstand[2], oder das Gericht gibt dem Antrag statt, was in zweifelhaften Fällen ohnehin die zweckmäßigste Entscheidung sein dürfte.

Mag man nun der Prozeßökonomie, die ja letztlich auch dem Rechtsschutzsuchenden zugute kommt, oder dem rechtlichen Gehör des Antragstellers das ausschlaggebende Gewicht beimessen, diese Gesichtspunkte zur Behandlung von abgelehnten Beweisanträgen sind ersichtlich allgemein prozessualer Natur, spezifische Eigenheiten des materiellen Verwaltungsrechts spielen hier nicht hinein. Die gleichen Überlegungen und Abwägungen sind auch für den Finanz- und Sozialgerichtsprozeß anzustellen. Welchem Gesichtspunkt die Hauptbedeutung zukommt, kann hier dahingestellt bleiben, jedenfalls steht fest, daß dieses einheitlich zu entscheiden ist und hier also eine sachlich nicht berechtigte Abweichung festzustellen ist.

II § 109 SGG

Eine Sondervorschrift im Zusammenhang mit der grundsätzlichen Geltung des Untersuchungsgrundsatzes findet sich in § 109 SGG. Während sonst das Gericht an Beweisanträge nicht gebunden ist (§ 103 S. 2 SGG, § 86 Abs. 1 S. 2 VwGO, § 76 Abs. 1 S. 3 FGO), kann der Antrag eines

---

1) Ebenso BVerwG 12, 286 (v. 23.6.1961) 17, 172 (v. 22.11.1963), a.A. Noack DVBl 1960, 221 (225). Nach Eyermann-Fröhler § 86 Rn 18 genügt es, wenn beide Entscheidungen im gleichen Termin ergehen.

2) Ablehnend gegenüber § 86 Abs. 2 VwGO aus prozeßökonomischen Gründen: Änderungsvorschläge des Bundesrats, Anl. zu BT-Drs. III/55 Nr. 50 zu § 87 Abs. 2; Vereinigung der Verwaltungsgerichtspräsidenten, zit. nach Tietgen DVBl 1960, 767 (769); Noack DVBl 1960, 221 (225); Schmitt DVBl 1964, 465 (470); Uffhausen DRiZ 1963, 138 (140).

Versicherten, Versorgungsberechtigten bzw. eines entsprechenden Hinterbliebenen auf Anhörung eines von ihm bestimmten Arztes nur aus Gründen der Prozeßverschleppung abgelehnt werden, soweit sich der Antrag überhaupt auf eine beweisbedürftige Tatsache bezieht[1]. Hiernach kann sich also der Antragsteller zusätzlich einen Arzt seines Vertrauens auswählen, wenn das Gericht bei der Auswahl des Arztes nicht ohnehin den Anregungen der Parteien folgt oder von diesen zur Auswahl ermächtigt wird. Bedeutsam ist das für die Fälle, wo sich das Mißtrauen gegen den Arzt nicht auf seine Befangenheit gegenüber den Beteiligten gründet mit der Folge eines Ablehnungsrechts nach § 108 Abs. 1 SGG i.V.m. §§ 406, 42, 41 ZPO, sondern auf sonstige Umstände, die seiner Unabhängigkeit vermeintlich im Wege stehen könnten, z. B. Zugehörigkeit zu einer bestimmten medizinischen "Schule", zu einer bestimmten Partei oder sonstigen intermediären Gewalt: hier besteht die Möglichkeit, noch einen weiteren Arzt als Gutachter heranzuziehen[2].

Der Grundgedanke dieser im Sozialgerichtsprozeß althergebrachten Vorschrift ist, daß das Vertrauen des Versicherten in die Unabhängigkeit des Gerichts und damit in die Gerechtigkeit der Entscheidung gestärkt werden soll. Zu berücksichtigen ist nämlich, daß die meisten Sozialgerichtsprozesse mit ärztlichen Gutachtern bestritten werden und damit mehr oder weniger auf der Grundlage eines ärztlichen Gutachtens ergehen. Deshalb bedarf es hier eines besonderen Vertrauens in die Objektivität der Gutachter, zumal die Wahl des Arztes häufig eine Art "Konfessionsfrage" ist. § 109 SGG erweist sich daher als durchaus sinnvolle Vorschrift, auch wenn die Gefahr besteht, daß trotz § 109 Abs. 2 die Verfahrensökonomie leidet.

Eine Verallgemeinerung des § 109 SGG auf alle Zweige der Leistungsverwaltung kommt nicht in Frage, weil der Ausgleich von Gesundheits- und Personenschäden fast ausschließlich der Sozialversicherung vorbehalten ist und das Bedürfnis für eine Durchbrechung des Grundsatzes prozessualer

---

1) Da § 109 SGG einen Sonderfall des § 103 SGG zum Gegenstand hat, besteht nur dann eine Pflicht des Gerichts zur Anhörung eines bestimmten Arztes, wenn die Streitfrage überhaupt beweiserheblich ist, BSG SozR SGG 109, Nr. 17, 25; Hofmann-Schroeter § 109 Anm. 1; Mellwitz § 109 Rn 3.

2) So auch Siegfried, NJW 1962, 666

Zweckmäßigkeit zugunsten der Stärkung des Vertrauens in die Rechtspflege daher nur in der Sozialgerichtsbarkeit besteht[1]. § 109 SGG ist daher als sachlich berechtigte Sondervorschrift anzusehen.

§ 30 Mündlichkeit und Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme

Die Beweiserhebung steht unter dem Grundsatz der Mündlichkeit und Unmittelbarkeit (§ 96 VwGO, § 81 FGO, § 117 SGG), sie hat also grundsätzlich vom Prozeßgericht selbst und in der mündlichen Verhandlung zu erfolgen. Ausnahmen davon bilden die bereits erörterten Institute der Vorbereitung der Verhandlung und das Beweissicherungsverfahren. § 96 Abs. 2 VwGO und § 81 Abs. 2 FGO lassen, als weitere Ausnahme "in geeigneten Fällen", eine Beweisaufnahme durch einen ersuchten Richter eines anderen Gerichts oder den beauftragten Richter des Prozeßgerichts zu. Mit der Formulierung "in geeigneten Fällen" wollte der Gesetzgeber die Zulässigkeit der Beweisaufnahme außerhalb der mündlichen Verhandlung etwas elastischer gestalten als nach dem Katalog in § 375 ZPO, den die Zivilgerichte im übrigen außerordentlich großzügig handhaben[2]. § 117 SGG nennt als einzigen Ausnahmegrund den Fall, daß die Beweiserhebung einen besonderen Termin erfordert. Wann ein solcher besonderer Beweistermin erforderlich ist und in welchem Umfang er zulässig ist, sagt § 117 SGG nicht. Über § 118 Abs. 1 SGG sind jedoch §§ 372, 375, 402 ZPO entsprechend anwendbar, die die Einnahme eines Augenscheins, die Zeugenvernehmung und die Sachverständigenvernehmung außerhalb der mündlichen Verhandlung regeln. Gegenüber der Generalklausel in § 96 Abs. 2 VwGO gilt hier also ein Katalog, der jedoch durch eine großzügige Auslegung auf einen mit der Generalklausel inhaltsgleichen Bereich gebracht werden könnte. Ob die Fälle der Beweisaufnahme außerhalb der mündlichen Verhandlung enumerativ oder generalklauselartig zu erfassen sind, sollte der Gesetzgeber in übereinstimmender Weise entscheiden. Im Sinne einer "elastischen" Handhabung, die ebenso auch für die Sozialgerichtsbarkeit gilt, wäre auch für das SGG eine § 96 Abs. 2 VwGO entsprechende Generalklausel zweckmäßig.

Die übrigen Voraussetzungen und Formvorschriften ergeben sich übereinstimmen aus der ZPO.

---

1) Ebenso Schwankhart Bay VBl 1960, 247 ff. (249)

2) Vgl. Änderungsvorschläge des BRats zum RegE VwGO, zu BT-Drs. I/4278 Anl. 2, Begr. zu § 97

§ 31 Geltung von ZPO-Vorschriften im Beweisverfahren

I Allgemeines

Alle drei Verfahrensordnungen verzichten auf eine ausführliche Regelung des Beweisverfahrens und nehmen statt dessen eine spezielle Verweisung auf die entsprechenden Vorschriften der ZPO vor (§ 98 VwGO, § 82 FGO, § 118 Abs. 1 SGG). Daneben finden sich noch einige zusätzliche Sondervorschriften in den Einzelgesetzen. Die Vorschriften der ZPO werden allerdings in unterschiedlichem Umfang zitiert, wobei § 98 VwGO den weitesten Rahmen enthält, der alle in der FGO und im SGG enthaltenen Verweisungen deckt, so daß an Hand der Vorschriften, die in der VwGO zitiert sind, in einem oder beiden der anderen Gesetze aber nicht enthalten sind, nach möglichen Divergenzen zu suchen ist.

In § 118 SGG fehlt die Anführung von § 364 ZPO, wonach Parteibetrieb angeordnet werden kann, wenn eine ausländische Behörde um Beweisaufnahme ersucht werden soll. Der Beweisführer muß dann die Erledigung des Ersuchens oder die Beibringung einer den Gesetzen des fremden Staates entsprechenden Urkunde selbst besorgen. Da es in einem Verfahren mit Untersuchungsgrundsatz keinen Beweisführer gibt, ist diese Vorschrift in allen drei Verfahren unanwendbar[1].

§ 378 ZPO, in § 82 FGO und § 118 Abs. 1 SGG fehlend, ist aufgehoben.

§ 379, wonach das Gericht die Ladung eines Zeugen von der Zahlung eines Auslagenvorschusses durch den Beweisführer abhängig machen soll, ist nur in § 78 VwGO genannt. Koehler hält diese "Kannvorschrift" für unbedenklich anwendbar[2]. Dem kann aber nicht gefolgt werden. Wenn durch eine Zeugenaussage ein beweisbedürftiger Umstand geklärt werden kann, so muß das Gericht in Anwendung des Untersuchungsgrundsatzes in jedem Fall den Zeugen heranziehen, unabhängig davon, ob die Auslagenerstattung schon vorher gesichert ist. § 379 ZPO ist demgemäß übereinstimmend unanwendbar[3].

---

1) Ebenso Baumbach-Lauterbach § 364 Anm. 3; Redeker v. Oertzen § 98 Rn 2; Schunck-De Clerck § 98 Anm. 2 a; a.A. Koehler Anm. II b, Klinger Anm. A I, BFH v. 17.2.1965, 435, 436 (obiter dictum), im Anschluß daran Hübschmann-Hepp-Spitaler § 82 Rn 10, alle ohne nähere Begründung.

2) § 98 Anm. II 3 a

3) Ebenso Baumbach-Lauterbach § 379 Anm. 2; Klinger Anm. A III; Redeker v. Oertzen § 98 Rn 6; VGH Stgt DÖV 54, 348 (v. 3.5.1954)

II Zeugnisverweigerungsrecht

1) Bei naher Verwandtschaft

Das die allen drei Verfahrensordnungen eigene Pflicht zur Aussage als Zeuge einschränkende Zeugnisverweigerungsrecht richtet sich für die VwGO und das SGG nach den §§ 383-385 ZPO, während die FGO eigene Bestimmungen enthält.

Das Zeugnisverweigerungsrecht wegen naher Verwandtschaft (§ 383 Abs. 1 Nr. 1-3 ZPO) wird in § 84 Abs. 2 FGO in wörtlicher Rezeption des § 10 SteueranpG geregelt und auf das Verhältnis zwischen Pflegeeltern und Pflegekindern (Nr. 6) und auf Fälle erweitert, in denen die entsprechende Verwandtschaft oder Schwägerschaft auf unehelicher Geburt beruht, wodurch also vor allem die unehelichen Kinder gegenüber ihrem Vater und umgekehrt ein Zeugnisverweigerungsrecht haben. Die Rechtslage in den übrigen Prozeßordnungen einschließlich der StPO ist die, daß der Verwandtschaftsbegriff dem des BGB akzessorisch ist, wie in Art. 33 EGBGB statuiert ist. Demnach besteht eine Verwandtschaft im Rechtssinne nur zwischen Mutter und unehelichem Kind (§ 1589 Abs. 2 BGB). Soweit ersichtlich ist ein Versuch, den heutigen rechtspolitischen Forderungen zur Gleichstellung des unehelichen Kindes mit dem ehelichen angesichts des Versagens des Gesetzgebers bei der Erfüllung von Art. 6 Abs. 5 GG schon im Wege richterlicher Rechtsvorbildung Geltung zu verschaffen, für das Prozeßrecht bislang nur im Strafprozeß, wo diese Frage wohl die größte Bedeutung hat, unternommen worden[1]. Eine Gleichstellung der unehelichen Verwandtschaft mit der ehelichen für das Zeugnisverweigerungsrecht ist aber vom BGH abgelehnt worden[2]. Danach lautet die Begründung, dem Gesetzgeber müsse zur Verwirklichung des Art. 6 Abs. 5 eine gewisse Zeit gelassen werden. Nachdem weitere 11 Jahre verstrichen sind, erscheint diese Begründung nicht mehr ausreichend, ein Vorgreifen gegenüber dem Gesetzgeber zu hindern. Mit einem alsbaldigen Eingreigen des Gesetzgebers ist nach den Erfahrungen der lezten Jahre nicht zu rechnen. Die Forderung des Art. 6 Abs. 5 ist bereits ins allgemeine Rechtsbewußtsein gerückt. Der Zeitpunkt,

---

1) KMR § 52 Anm. 5 Nr. 3

2) BGH, NJW 56, 1286 (v. 1.3.1956) mit Anm. v. Bruns, m.w.N., der das Ergebnis für "unbefriedigend", die Begründung aber für unangreifbar hält.

wo Verstöße gegen diesen Grundsatz als unerträglich, also kraß rechtswidrig, erscheinen, dürfte erreicht sein, so daß man die Voraussetzungen zur richterlichen Fortbildung[1] als gegeben ansehen kann und im Verhältnis zwischen unehelichem Kind und seinem Vater allgemein ein Zeugnisverweigerungsrecht anzuerkennen hätte[2]. Für das Verhältnis der Pflegeeltern zu den Pflegekindern kann das allerdings nicht gesagt werden.

Die Gründe für die Erweiterung des Angehörigenbegriffs in § 84 FGO für das Zeugnisverweigerungsrecht liegen auf der Hand. Sie entsprechen den heutigen Vorstellungen und Gegebenheiten, wie sie in den rechtspolitischen Forderungen zum Ausdruck kommen. Eine spezifisch steuerrechtliche Notwendigkeit ist darin nicht zu sehen, wie sich auch aus der Entstehungsgeschichte ergibt. § 84 FGO bildet eine wörtliche Rezeption von § 10 SteueranpG. Dieser § 10 erhielt seine heutige Fassung erst durch Änderungsgesetz vom 17.2.1939[3], womit übrigens entgegen den Intentionen des SteueranpG keineswegs ein inhaltlich einheitlicher Verwandtenbegriff im Steuerrecht erreicht worden ist[4]. Die hier maßgeblichen Gesichtspunkte zur Rechtfertigung des Zeugnisverweigerungsrechts, nämlich die Ersparung von Konflikten auf Grund einer engen persönlichen, familienartigen Bindung, sind jedoch in allen Gerichtsverfahren von gleichem Gewicht, was sich auch in einer übereinstimmenden gesetzlichen Regelung ausdrücken sollte. Es liegt somit eine sachlich nicht gerechtfertigte Abweichung vor.

2) Kraft Berufes und Vertrauensverhältnisses

Einzelne Berufe

a) Das Zeugnisverweigerungsrecht für Geistliche (§ 383 Abs. I Nr. 4 ZPO) ist in § 178 AO enthalten, den § 84 Abs. 1 FGO für anwendbar erklärt. In § 383 Abs. 1 Nr. 4 ZPO handelt es sich um ein Aussageverbot, in § 178 AO

---

1) Vgl. Larenz, Methodenlehre S. 320

2) Ebenso Reinicke, MDR 1957, 193 ff. (196). § 1589 Abs. 2 BGB ist durch Art. 1 Nr. 3 des Entwurfs eines Gesetzes über die rechtliche Stellung der unehelichen Kinder (Bundesrat-Drs. 468/67) gestrichen, so daß hier eine Angleichung erzielt werden würde.

3) RGBl I 286

4) § 5 Abs. 1 Nr. 3 VermStG: Freibeträge für uneheliche Kinder erhält nur die Mutter; § 32 Abs. 4 Nr. 4 e EinkStG: nur die Mutter rückt in eine günstigere Steuerklasse.

um ein Befragungsverbot, hieraus ergibt sich aber keine inhaltliche Abweichung.

Die auf Grund eines beruflichen oder sonstigen Vertrauensverhältnisses Verschwiegenheitsverpflichteten sind nach § 383 Abs. 1 Nr. 5 ZPO durch Generalklausel, nach § 84 Abs. 1 FGO i.V.m. § 177 AO in § 55 Abs. 1 Nr. 1-3 StPO entsprechendem Umfang durch enumerative Aufzählung zur Zeugnisverweigerung berechtigt. Durch Subtraktion des Katalogs in § 177 AO von der Generalklausel ergibt sich also ein Kreis von Personen, bei denen das Zeugnisverweigerungsrecht nicht mit der Verschwiegenheitspflicht kongruent ist. Das gilt neben Vermögensverwaltern, Mitgliedern von Betriebsvertretungen, Inhabern von Auskunfteien insbesondere aber für die Angestellten von Banken. Sie können nach der Gesetzessystematik im Finanzprozeß kein Zeugnisverweigerungsrecht in Anspruch nehmen.

Das Bankgeheimnis ist im Steuerrecht gesetzlich überhaupt nicht geschützt, sondern lediglich durch Richtlinien in Ländererlassen[1]. Diese Richtlinien binden naturgemäß nur die Finanzbehörden, so daß im Hinblick auf die Gerichte eine Lücke besteht. Ein Bankangestellter hat also vor dem Finanzgericht kein gesetzlich geschütztes Zeugnisverweigerungsrecht. Die privatrechtliche Verschwiegenheitspflicht reicht zu einer Begründung nicht aus, denn die öffentlich-rechtliche Pflicht zur Aussage vor Gericht kann nicht durch privatrechtliche Abmachungen suspendiert werden. Muß man nicht sogar soweit gehen, daß die Gerichte auf Grund des Untersuchungsgrundsatzes sogar verpflichtet sind, Bankangestellte zu vernehmen, wenn sie über relevante Gegenstände Auskunft geben können? Dieses Ergebnis ist offenbar absurd, denn das im sozialen Bereich bestehende allgemeine Vertrauensverhältnis zwischen Bank und Kunden würde so empfindlich gestört werden, daß ernste Gefahr für das gesamte Bankwesen mit all den sich daraus ergebenden Konsequenzen zu befürchten wären. Dieses Ergebnis läßt sich nur so vermeiden, daß man den Banken ein Aussageverweigerungsrecht vor den Finanzgerichten kraft Gewohnheitsrecht zubilligt. Die FGO ist insoweit lückenhaft. Hierbei zeigt es sich auch, wie gefährlich es sein kann, statt allgemeiner Grundsätze des Prozeßrechts Vorschriften des Verwaltungsverfahrens zu rezipieren.

---

1) Nachweise bei Tipke-Kruse 2. Aufl. § 175 AO Rn 13

Für das Amtsgeheimnis, durch die FGO/AO ebenfalls nicht ausdrücklich geschützt, gilt § 376 ZPO[1], der auf die beamtenrechtlichen Vorschriften verweist und in allen Verfahren anwendbar ist.

b) Sachlicher Umfang

Unterschiedlich geregelt ist auch der sachliche Umfang der Tatsachen, der bei den betreffenden Berufsgruppen zur Verweigerung der Aussage berechtigt. Nach § 383 Abs. 2 ZPO besteht bei allen in Frage kommenden Personen das Weigerungsrecht hinsichtlich sämtlicher Tatsachen, die ihnen in beruflicher Eigenschaft bekanntgeworden sind und von Natur aus der Verschwiegenheitspflicht unterliegen. Nach § 84 FGO i.V.m. § 177 Abs. 2 AO dürfen die zur Gruppe der steuerberatenden Berufe gehörenden Zeugen jedoch die Aussage nur dann verweigern, wenn für den Mandanten die Gefahr der Strafverfolgung besteht; über sonstige Tatsachen, die im Zusammenhang mit ihrer Beratung in Steuersachen stehen, sind sie voll auskunftspflichtig. Gleiches gilt für die Notare im Rahmen ihrer nach dem Wechselsteuergesetz bestehenden Anzeigepflichten (§ 177 Abs. 4 AO).

Bei der Frage des persönlichen und sachlichen Umfangs des Zeugnisverweigerungsrechts stehen das Prinzip der Wahrheitsforschung und das Bedürfnis nach Rücksichtnahme auf die persönliche Geheimhaltungs- und Vertrauenssphäre im Widerstreit[2]. Da in den einzelnen Prozessen das Interesse an der Ermittlung des wahrheitsgemäßen Geschehens unterschiedlichen Grades ist, z. B. im Zivilprozeß handelt es sich in der Regel lediglich um ein privates, im Strafprozeß um ein öffentliches Interesse, erscheint auch eine unterschiedliche Grenzziehung zwischen den beiden genannten Gruppen möglich[3]. So ist auch für den Finanzprozeß festzuhalten, daß das öffentliche Interesse an der Wahrheitsfindung größer ist als im Zivilprozeß, was eine Begrenzung des Verweigerungsrechts über den Rahmen der ZPO hinaus rechtfertigt. Für die Feststellung der Sachverhalte steuerlicher Natur sind die Vertreter der steuerberatenden Berufe sogar eminent wichtige Auskunftspersonen, da sie kraft ihres Auftrages häufig viel besser oder gar allein über die steuerlich relevanten Verhältnisse des Auftraggebers Bescheid wissen. Für die Wahr-

---

1) Ebenso Hübschmann-Hepp-Spitaler § 82 FGO Rn 21

2) Lenckner, NJW 1965, 321

3) Ebenso Lenckner, AO a.a.O.

heitsfindung sind sie in einer dem Finanzprozeß charakteristischen Weise unerläßlich, woraus sich eine Eingrenzung ihres Zeugnisverweigerungsrechts gegenüber den anderen verwaltungsgerichtlichen Verfahrensordnungen rechtfertigt.

Im Vergleich z.B. zum Arzt-Patientenverhältnis, wo diese sachliche Beschränkung nicht besteht, weil im allgemeinen Interesse einer umfassenden Gesundheitspflege auch jeder einzelne Patient darauf muß vertrauen können, daß der Arzt von niemandem zur Aussage verpflichtet werden kann, wenn er sich dem Arzt in seinen Leiden und Nöten anvertraut, hat diese sozialrechtliche Komponente[1] beim Steuerberater - Steuerpflichtigen gegenüber der individualrechtlichen nur ein geringes Gewicht. Die steuerberatenden Berufe können nämlich ihre im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben auch dann erfüllen, wenn der einzelne Auftraggeber damit rechnen muß, daß seine Verhältnisse vor dem Finanzgericht offenbart werden. Daraus rechtfertigt sich auch eine sachliche Beschränkung des Zeugnisverweigerungsrechts gegenüber den anderen einer Schweigepflicht unterliegenden Berufsgruppen. Abgesehen von den Bankangestellten enthält die FGO hier also eine sachgerechte Regelung. Ob das für die VwGO und das SGG, wo volle Kongruenz zwischen Verschwiegenheitspflicht und Zeugnisverweigerungsrecht besteht, auch gesagt werden kann, mag im Hinblick auch auf das öffentliche Interesse an der Wahrheitsfindung zweifelhaft sein, da ein derartiger Mangel bislang nicht beklagt worden ist, soll dieser Frage nicht weiter nachgegangen werden.

3) Aussageverweigerungsrecht aus sachlichen Gründen

Auch das für alle Personen bestehende Aussageverweigerungsrecht aus sachlichen Gründen ist im Finanzprozeß gegenüber den anderen Verfahren eingeschränkt. Nur wenn für den Zeugen oder einen Angehörigen die Gefahr einer Strafverfolgung zu befürchten ist (§ 84 AO i.V.m. § 176 AO), kann er das Zeugnis verweigern, während im Verfahren vor dem allgemeinen Verwaltungs- und vor dem Sozialgericht nach § 384 Nr. 3 ZPO das Zeugnis auch bei Fragen verweigert werden kann, deren Beantwortung

1) Daß das Zeugnisverweigerungsrecht auch eine soziale Komponente hat, ist allgemein anerkannt, vgl. Lenckner a.a.O., S. 322.

dem Zeugen oder einem seiner Angehörigen einen unmittelbaren Vermögensschaden verursachen würde, zur Unehre gereichen oder die Offenbarung eines Kunst- oder Gewerbegeheimnisses des Zeugen bedeuten würde. Im Finanzprozeß muß der Zeuge also auch aussagen, wenn er damit die Grundlage für einen zivilrechtlichen Anspruch eines Beteiligten liefert, vor allem aber, was von erheblicher praktischer Bedeutung ist, wenn er damit ein gewerbliches Geheimnis preisgibt. Diese überaus einschneidende Zurückdrängung privater Vermögensinteressen zugunsten des Interesses an der Wahrheitsforschung, sprich Fiskalinteresse, war Gegenstand eingehender Beratungen bei den Gesetzgebungsarbeiten[1]. Die Nichtaufnahme des § 384 Nr. 3 ZPO entsprechend dem FGO-Entwurf wurde vom Rechtsausschuß des Bundestages damit begründet, daß die Vorschriften über das Steuergeheimnis (§ 22 AO) und den Ausschluß der Öffentlichkeit und die Verschwiegenheitspflicht (§ 52 FGO i.V.m. § 172, 174 Abs. 2 GVG) ausreichend Schutz böten[2]. Richtig ist, daß diese Vorschriften einen gewissen Schutz gegen die Verbreitung von Geschäftsgeheimnissen nach außen sichern, doch ist der Schutz keineswegs vollkommen, denn wenn ein Prozeßbeteiligter widerrechtlich diese Geheimnisse preisgibt, ist der wirkliche Schaden mit Schadensersatzprozessen kaum wieder gutzumachen. Völlig schutzlos steht der Zeuge jedoch gegenüber der Ausnutzung der Geheimnisse durch die Beteiligten selbst. Häufig hat nämlich der Zeuge ein Interesse daran, daß nicht nur Dritte, sondern auch die Beteiligten nicht wissen, zu welchen Bedingungen er Geschäfte abschließt, welche Bezugs- und Absatzmärkte er ausnutzt, welches seine Einkaufspreise sind, woher er seine Informationen bezieht. Dies alles sind Geheimnisse, die gerade im Finanzprozeß Bedeutung haben können und nach § 384 Nr. 3 ZPO zur Zeugnisverweigerung berechtigen[3]. Durch die Ausnutzung dieser Erkenntnisse z. B. durch den Kläger als Konkurrenten können dem Zeugen ganz erhebliche wirtschaftliche Nachteile erwachsen. Der Kläger kann hier also ohne weiteres und völlig rechtmäßig in den Bereich des ausgeübten und eingerichteten Gewerbebetriebs eindringen. Diese unter Umständen schwerwiegende Beeinträchtigung eines am Rechtsstreit unbeteiligten

---

1) Vgl. Deutscher Bundestag, Rechtsausschuß, Protokolle 4. Wahlperiode, 123. Sitzung v. 13.5.1965, S. 16/17, 135. Sitzung v. 20.5.1965, S. 17

2) Bericht des Abgeordneten Bauer, BT-Drs. IV/3523 zu § 79

3) Stein-Jonas § 384 Anm. I Nr. 3 m.w.N. Weitere Bedenken bei Düwel (S. 171), die sich auf das Amtsgeheimnis beziehen. Gleiches muß aber auch für private Geheimnisse gelten.

Dritten läßt sich durch ein überweigendes Interesse (des Fiskus) nicht rechtfertigen. Das ergibt sich daraus, daß bei Klagen gegen Träger der Leistungsverwaltung, wo das finanzielle Interesse des Staates ebenfalls bedeutsam ist, derartige Opfer von den Zeugen nicht verlangt werden, weil sie nach dem SGG das Weigerungsrecht des § 384 Nr. 3 ZPO geltend machen können. Auch im Bereich der allgemeinen Verwaltung wird das private, wirtschaftliche Interesse des Zeugen höher bewertet, obwohl auch hier durchaus ein überragendes Interesse an der Wahrheitsfindung besteht, welches die rein fiskalische Seite sogar übersteigen kann. Hinzuweisen ist darauf, daß § 88 FGO das entsprechende Interesse eines Beteiligten höher als das Interesse an der Wahrheitsfindung bewertet, da hiernach Sachverständige abgelehnt werden können, wenn deren Heranziehung die Verletzung eines Geheimnisses oder die Herbeiführung eines wirtschaftlichen Schadens bedeuten würde.

Das Fehlen des in § 384 Nr. 3 ZPO enthaltenen Aussageverweigerungsrechts in der FGO muß daher als sachlich nicht berechtigte Abweichung angesehen werden.

Von den in § 384 Nr. 1 u. 2 ZPO genannten Fällen kann das nicht gesagt werden, da hier nicht in so erheblichem Maß in die Individualsphäre eingegriffen wird. Die nach § 383 Abs. 2 ZPO bestehende Pflicht des Gerichts, Anghörige über ihr Zeugnisverweigerungsrecht zu belehren, ist in § 84 Abs. 2 FGO enthalten.

III Beeidigung

1) Voraussetzungen

Die Beeidigung von Zeugen richtet sich für die VwGO und die FGO nach § 391 ZPO, während das SGG in § 118 Abs. 2 eine eigene, im Wortlaut anders gefaßte Regelung trifft. Nach § 118 Abs. 2 ist maßgebend für die Beeidigung allein die Bedeutung der Aussage für die Entscheidung des Rechtsstreits, während § 391 ZPO zwei Gründe nennt: einmal die Bedeutung der Aussage, und zwar ohne den ausdrücklichen Bezug auf die Entscheidung des Rechtsstreits, zum anderen die Herbeiführung einer wahrheitsgemäßen

Aussage. Da jedoch in sämtlichen Verfahren die Aussage des Zeugen nicht Selbstzweck ist, kommt eine Beeidigung übereinstimmend nur in Frage, wenn die Aussage einen Beitrag zum Beweisthema liefert, also Bedeutung für die Entscheidung des Rechtsstreits hat. Außerdem liegt die Beeidigung im pflichtgemäßen Ermessen des Gerichts. Es wäre aber übereinstimmend ermessensfehlerhaft, wenn das Gericht eine Beeidigung anordnet, obwohl es der Ansicht ist, eine wahrheitsgemäße Aussage sei nicht zu erreichen[1], oder wenn es von einer Beeidigung absieht, wenn diese zu einer wahrheitsgemäßen Aussage führen würde. Ein abweichender Inhalt zwischen § 391 ZPO und § 118 Abs. 2 SGG ist somit nicht festzustellen.

§ 391 ZPO verbietet eine Beeidigung, wenn die Parteien darauf verzichten. Diese Vorschrift ist jedoch mit dem Untersuchungsgrundsatz nicht vereinbar, so daß sie auch für die VwGO und FGO keine Geltung hat.

§ 118 Abs. 2 SGG bildet damit keine inhaltliche Besonderheit.

2) Eidesverweigerungsrecht

Gemäß § 84 Abs. 3 FGO kann ein zur Verweigerung des Zeugnisses berechtigter Angehöriger, der schon eine Aussage gemacht hat, die Ablegung des Eides verweigern. Die für die VwGO und das SGG anzuwendende ZPO enthält keine entsprechende ausdrückliche Vorschrift. Seit langem ist es jedoch anerkannt, daß im Zivilprozeß alle Zeugnisverweigerungsberechtigten ein Eidesverweigerungsrecht genießen[2], also nicht nur die Angehörigen wie nach § 63 StPO, den § 84 Abs. 3 FGO rezipiert hat[3]. Diese Ansicht stützt sich auf den Wortlaut von § 391 ZPO, der den Gedanken enthält, daß derjenige, der kein Zeugnis abzulegen braucht, dieses auch nicht beeidigen müssen soll. Die zivilprozessuale Regelung ist, weil es sich um einen allgemeinen

---

1) Das ergibt sich aus dem Grundsatz, daß Meineide zu verhindern sind, vgl. Baumbach § 391 Anm. 2 A, Schunck-De Clerck § 98 Anm. 2 c gg, Ziemer-Birkholz § 82 Rn 64, Peters-Sautter-Wolff § 118 Anm. 4 c, zu § 391 ZPO, Rosenberg S. 582

2) RG, Seuff. Arch. 45, Nr. 227 (v. 21.10.1889) RG, JW 1901, 392 (v. 22.4.1901) Baumbach-Lauterbach § 391 Anm. 4, Wieczorek § 391 Anm. III

3) Amtl. Begr. zu § 81 d.E. BT-Drs. IV/1446. Es fehlt jedoch die Belehrungspflicht.

Gedanken handelt, auch für die VwGO[1] und das SGG[2] maßgebend. Demgegenüber bildet jedoch § 84 Abs. 3 FGO eine lex specialis, indem er das Eidesverweigerungsrecht ausdrücklich aus der ZPO herausgenommen hat. § 84 Abs. 3 FGO bildet demnach eine engere Regelung.

Für eine abweichende Ausgestaltung des Eidesverweigerungsrechts in einzelnen Arten des Verwaltungsprozesses lassen sich jedoch keine diskutablen Gesichtspunkte anführen. Der Zweck des Eides ist überall der gleiche, vor allem richten sich die Voraussetzungen zur Beeidigung auch für die FGO nach §§ 391, 392 ZPO, also auch § 391 ZPO findet Anwendung, der die Grundlage für das allgemeine Eidesverweigerungsrecht bietet. Im übrigen ist die praktische Bedeutung dieser Divergenz nur gering, denn übereinstimmend besteht der Grundsatz der Nichtbeeidigung[3], zumal gerade bei Zeugnisverweigerungsberechtigten mit einer Beeidigung besondere Zurückhaltung geboten ist.

§ 84 Abs. 3 FGO sollte daher gestrichen werden.

IV Zwischenstreit über das Zeugnisverweigerungsrecht

Macht ein Zeuge ein Zeugnisverweigerungsrecht geltend und wird ihm die Berechtigung hierzu bestritten, so wird dieser Streit Gegenstand eines Zwischenverfahrens, über welches nach § 118 Abs. 1 S. 2 SGG durch Beschluß zu entscheiden ist. In der VwGO und FGO fehlt eine ausdrückliche Bestimmung. Zunächst bietet sich daher auf Grund der §§ 98 VwGO, 82 FGO eine entsprechende Anwendung des § 383 Abs. 3 ZPO an, wonach der Streit durch Zwischenurteil zu entscheiden ist, gegen das der Rechtsbehelf der sofortigen Beschwerde gegeben ist. Da der Rechtsbehelf der sofortigen Beschwerde in den Verwaltungsgerichtsordnungen nicht vorgesehen ist, kommt als Ersatz die einfache Beschwerde in Frage, zumal sie in der Verwaltungsgerichtsbarkeit befristet ist, was im Zivilprozeß die sofortige von der einfachen Beschwerde unterscheidet, freilich mit der Besonderheit, daß die Dauer der Frist gegenüber sonst 14 Tagen (§ 277

---

1) Schunck-De Clerck § 98 Anm. 2 c gg

2) Peters-Sautter-Wolff § 118 zu § 391 ZPO

3) Ziemer-Birkholz § 82 Rn 61

Abs. 2 ZPO, § 147 Abs. 1 VwGO, § 129 Abs. 1 FGO) nach § 173 SGG einen Monat beträgt - eine durch nichts begründete Abweichung. Wendet man nun § 373 Abs. 3 ZPO für die VwGO und die FGO derart an, daß durch Zwischenurteil zu entscheiden ist, gegen das Beschwerde zulässig ist[1], so bedeutet das einen Einbruch in das Prinzip der Bindungswirkung des Urteils (das Gericht kann der Beschwerde selbst abhelfen) und einen Widerspruch zu § 146 VwGO, § 128 FGO, wonach gegen Urteile eine Beschwerde nicht zulässig ist. Die Ausnahmeregelung in diesen Vorschriften ("soweit nicht etwas anderes bestimmt ist") bezieht sich auf die Entscheidungen, die nicht Urteile sind, aber auch nicht beschwerdefähig sind. Vorschriften der ZPO können aber nicht über entgegenstehende Vorschriften der Verwaltungsgerichtsordnungen hinaus angewendet werden[2].

Denkbar ist ferner eine Entscheidung des Zwischenstreits durch Urteil mit der Möglichkeit eines ordentlichen Rechtmittels[3]. Hiergegen ergeben sich jedoch ebenfalls Einwände. Zum einen ist ein echtes Rechtsmittelverfahren zu sehr auf die Entscheidung der Hauptsache abgestellt, es ist seinem Wesen nach zu gewichtig, vor allem aber zu umständlich (Förmlichkeiten, Mündlichkeit, ggf. Vertretungszwang) für die Entscheidung einer solchen Zwischenfrage[4]. Gerade deshalb läßt § 387 III ZPO hier auch die sofortige Beschwerde zu.

Zweitens ist die Entscheidung über die Berechtigung zur Zeugnisverweigerung durch Urteil nur vom Verhandlungsgrundsatz her zu verstehen. Im Zivilprozeß handelt es sich beim Streit um das Zeugnisverweigerungsrecht um einen Streit zwischen dem Zeugen und der "beweisführenden" Partei. Das Gericht entscheidet nur dann, wenn die beweisführende Partei die Berufung des Zeugen auf ein Aussageverweigerungsrecht nicht anerkennt. Ebenso wie die beweisführende Partei ganz auf die Vernehmung eines Zeugen verzichten kann, kann sie sich auch mit der Geltendmachung des

---

1) So OVG Lüneburg AS 12, 448 (v. 7.5.1958). Im Anschluß daran Baumbach-Lauterbach § 387, 4; Eyermann-Fröhler § 98 Rn 11, Klinger § 98 Anm. A III, Hübschmann-Hepp-Spitaler § 82 FGO Rn 31.

2) Das übersieht das OVG Lüneburg a.a.O., auch wenn es das Prozeßgericht nicht für befugt hält, der Beschwerde abzuhelfen.

3) So Ziemer-Birkholz § 82 Rn 7

4) Ebenso OVG Lüneburg a.a.O., S. 449

Zeugnisverweigerungsrechts zufrieden geben, weil sie die absolute Herrschaft über die Vernehmung des Zeugen hat. Da dem Zivilgericht das Ob der Vernehmung eines Zeugen gleichgültig sein muß, wird es bei diesem Zwischenstreit zwischen dem Zeugen und der Partei als neutrale Instanz tätig, so daß das Urteil die geeignete Entscheidungsform bildet, damit eine Bindung des Gerichts eintritt. In allen Fällen übrigens, wo der Zwischenstreit zwischen einer Partei und einem Dritten geführt wird, entscheidet das Zivilgericht durch Zwischenurteil (§§ 71, 135 Abs. 2 ZPO), sonst entscheidet es im Beschlußwege.

Im Verwaltungsprozeß jedoch handelt es sich bei dem Streit um das Bestehen eines Zeugnisverweigerungsrechts nicht um eine Streitigkeit zwischen dem Zeugen und einer Partei, sondern zwischen dem Zeugen und dem Gericht, denn auf Grund des Untersuchungsgrundsatzes, nach dem es keine "beweisführende Partei" gibt[1], steht das Ob der Vernehmung des Zeugen in der Verantwortlichkeit des Gerichts[2].

Ebenso wie das Gericht auch Zeugen gegen den Willen der Beteiligten vernehmen kann, muß es auch das Bestehen eines Zeugnisverweigerungsrechts gegen den Willen des Beteiligten in Frage stellen können. Streitigkeiten zwischen dem Gericht und Prozeßsubjekten sind aber, soweit sie nicht die Hauptsache betreffen, durch Beschluß zu entscheiden, wie es ebenfalls der Rechtslage im Zivilprozeß entspricht (§§ 46, 109, 252, 319 ZPO)[3]. Auch im Strafprozeß entscheidet das Gericht durch Beschluß über das Zeugnisverweigerungsrecht, ohne daß der Angeklagte dabei mitspricht ("auf Verlangen des Gerichts")[4]. Von den Funktionen der verschiedenen Entscheidungsformen her hat das Verwaltungsgericht den Streit über das Bestehen eines Zeugnisverweigerungsrechts also durch Beschluß zu entscheiden. Dieses Ergebnis wird auch durch einen Vergleich mit § 99 Abs. 2 VwGO, § 86 Abs. 3 FGO erhärtet, wonach bei der Aktenvorlageverweigerung das Gericht ebenfalls im Beschlußwege über die Glaubhaftmachung der Berechtigung zur Weigerung entscheidet. Schließlich spricht für die Entscheidung durch Beschluß noch, daß das Gericht in einem Ver-

---

1) Maetzel DVBl 1966, 665 (668 Fn 37)

2) Irrig daher Hübschmann-Hepp-Spitaler § 82 Rn 31.

3) Diese Gesichtspunkte meinen offenbar auch Schunck-De Clerck § 88 Anm. 2 c ff. mit der Bemerkung, § 387 Abs. 3 ZPO passe "weder sachlich noch formell" in den Rahmen der VwGO.

4) KMR § 56 Anm. 2, Löwe-Rosenberg § 56 Anm. 3

fahren mit Untersuchungsgrundsatz von der Bejahung eines Weigerungsrechts auch wieder abrücken können muß, wenn ihm auf Grund neuer Tatsachen das Zeugnisverweigerungsrecht unberechtigt erscheint. Als Ergebnis ist daher festzuhalten, daß ebenso wie nach § 118 Abs. 1 S. 2 SGG auch in der VwGO/FGO die Entscheidung über die Rechtmäßigkeit der Zeugnisverweigerung durch Beschluß zu ergehen hat[1]. Dahingestellt bleiben kann hier jedoch die Frage, ob das Gericht wie nach § 99 VwGO, § 86 Abs. 3 FGO bei der Weigerung einer Behörde zur Urkundenvorlage nur auf Antrag eines Beteiligten oder wie nach § 56 StPO, von Amtswegen die Berechtigung der Weigerung zu prüfen hat[2], ferner, ob wie nach § 99 VwGO, § 86 Abs. 3 FGO, § 56 StPO Glaubhaftmachung der zur Weigerung berechtigenden Tatsache genügt, oder ob nicht teilweise ein voller Nachweis verlangt werden kann, was z. B. bei Verwandten oder Geistlichen denkbar wäre. Diese Fragen stellen sich für alle drei Verfahren gleichermaßen und müssen gleich beantwortet werden, so daß sich hier nähere Ausführungen erübrigen.

Im Interesse der Rechtssicherheit sollte jedenfalls in § 98 VwGO und § 84 FGO eine § 118 Abs. 1 S. 2 SGG entsprechende Regelung eingefügt werden. Abgesehen hiervon lassen sich sachliche Gründe für eine inhaltlich abweichende Regelung nicht finden, wenn man der hier vertretenen Auffassung nicht folgt.

V Sachverständigen-, Urkunden- und Beweis durch Parteivernehmung

1) Der Beweis durch Sachverständigengutachten ist in allen drei Verfahrensordnungen übereinstimmend an die ZPO angelehnt worden. Lediglich die Finanzgerichtsordnung (§ 88) nennt als weiteren Grund zur Ablehnung eines Sachverständigen, wenn durch dessen Heranziehung die Verletzung eines Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisses oder ein geschäftlicher Schaden

---

1) Für die Entscheidung gerade durch Urteil kommt es also nicht darauf an, daß angesichts der Bedeutung eines Zeugnisverweigerungsrechts eine mündliche Verhandlung erforderlich ist (Peters-Sautter-Wolff § 118 Anm. 4 b zu § 387 ZPO), denn auch ein Beschluß kann auf Grund mündlicher Verhandlung ergehen.

2) Teilweise wird für die Aktenvorlageverweigerung angenommen, daß sich das Gericht auch von Amtswegen im Wege der Dienstaufsichtsbeschwerde dagegen wenden kann, Schunck-De Clerck § 99 Anm. 2 c. Maetzel DVBl 1966, 665 (668 Fn 37) will den Zwischenstreit offenbar nur auf Antrag des an der Aussage Interessierten zulassen.

bei einem der Beteiligten zu erwarten ist. Dieser Fall wird wohl seine hauptsächliche Bedeutung im Finanzprozeß haben, ist aber auch in den beiden Verfahren nicht undenkbar. Die in diesem Ablehungsgrund getroffene Güterabwägung ist auch ohne weiteres auf die anderen beiden Verfahrensordnungen zu übertragen, so daß § 88 FGO verallgemeinert werden könnte[1].

2) Die Vorschriften über den Urkundenbeweis (§§ 415 - 444) sind in der FGO nicht genannt. Die in §§ 415 - 419 aufgestellten Beweisregeln sind wegen des Untersuchungsgrundsatzes ohnehin nicht bindend, die die Durchführung des Urkundenbeweises betreffenden §§ 420 - 432 ZPO sind ebenfalls unanwendbar (Vorlagepflicht), § 433 ist aufgehoben. §§ 434, 435 betreffen die Vorlage von Urkunden vor dem beauftragten Richter bzw. die Vorlage in beglaubigter Abschrift. Hier ist die Nichtaufnahme unbegründet, während die §§ 437 - 444 ZPO, die die Beweisregeln enthalten, für alle Verwaltungsgerichte nicht bindend sind.

3) §§ 450 - 477 ZPO sind im SGG nicht genannt. §§ 450 - 455 enthalten das Beweismittel der Parteivernehmung, das im SGG ausgeschlossen ist, §§ 478 - 480 wie §§ 456 - 477 sind aufgehoben.

VI Beweissicherungsverfahren

Den letzten Abschnitt von Verweisungen auf die Bestimmungen über das Beweisverfahren bilden die Regeln über das Beweissicherungsverfahren (§§ 485 - 494 ZPO), wonach sich die Sicherstellung von Beweismitteln im Hinblick auf einen kommenden oder zuvor schon anhängenden Prozeß, bei dem aber noch keine Beweisaufnahme stattgefunden hat oder der unterbrochen ist[2], richtet. § 98 VwGO und § 92 FGO verweisen auf die ZPO, während das SGG in § 76 eine eigene Regelung trifft, allerdings wird in Abs. 3 auf §§ 487 ff. ZPO verwiesen. Die Frage beschränkt sich also darauf, ob § 76 Abs. 1 u. 2 SGG gegenüber §§ 485, 486 ZPO eine inhaltliche Abweichung darstellt.

---

1) Ebenso Ule, DVBl 1967, 345 (348)

2) Rosenberg, S. 566

1) Voraussetzungen

§ 485 ZPO und § 76 Abs. 1 SGG enthalten die materiellen Voraussetzungen, unter denen ein Beweissicherungsverfahren, also eine Beweiserhebung außerhalb des Hauptverfahrens, stattfinden kann. Abgesehen von Abweichungen redaktioneller Art fehlt in § 76 Abs. 1 SGG der Fall, daß die Zustimmung des Gegners zur Beweissicherung genügt, ohne daß es auf das Vorhandensein des Sicherungszwecks ankommt. Aus dem Untersuchungsgrundsatz, wonach das Gericht nicht an Beweisanträge gebunden ist, folgt jedoch, daß es dem Gericht erlaubt sein muß, den Antrag auf Durchführung eines Beweissicherungsverfahrens daraufhin zu überprüfen, ob die Beweisaufnahme für einen möglichen Prozeß relevant ist[1]. Folglich ist § 485 ZPO in einer in § 76 Abs. 1 SGG zum Ausdruck kommenden Weise einschränkend auszulegen. Eine inhaltliche Abweichung liegt demnach nicht vor.

2) Zuständigkeit

§ 486 ZPO und § 76 Abs. 2 FGO regeln die Zuständigkeit des die Beweissicherung durchführenden Gerichts. Grundsätzlich ist übereinstimmend das Gericht der Hauptsache zuständig. Aus der in § 486 Abs. 1 und Abs. 2/3 ZPO getroffenen Gegenüberstellung von "Gericht" für die regelmäßige Zuständigkeit und "Amtsgericht" für die Zuständigkeit in Eilfällen ist zu schließen, daß Abs. 1 für die regelmäßige Beweissicherung keine funktionale oder sachliche Zuständigkeit eines Gerichts monopolisiert, sondern daß auch das Rechtsmittelgericht, soweit es Tatsachengericht ist, oder das OVG im ersten Rechtszug ein Beweissicherungsverfahren durchführen kann[2]. Demgegenüber handelt § 76 Abs. 2 SGG nur vom "Sozialgericht". Daraus entnimmt eine verbreitete Ansicht, daß auch im Berufungsverfahren, z. B. im Falle einer Unterbrechung des Verfahrens, das Sozialgericht erster Instanz das Beweissicherungsverfahren durchzuführen habe[3].

---

1) Damit wird auch die Fassung von § 76 Abs. 1 SGG begründet, vgl. Miesbach-Ankenbrank § 76 Anm. 2.

2) Ebenso BVerwG DVBl 1961, 383 (v. 23.12.1960)

3) Miesbach-Ankenbrank § 76 Anm. 5; Peters-Sautter-Wolff § 76 Anm. 1 e

Dieser Schluß ist jedoch von einem Vergleich der Gesetzestexte aus nicht unbedingt zwingend. Aus den Motiven zu § 76 SGG ergibt sich, daß sich die Wortfassung auf den Fall einer noch gar nicht erhobenen Klage bezieht[1], so daß funktional nur das Sozialgericht in Betracht kommt. Ferner kann es im Rechtsmittelverfahren ein "zuständiges Sozialgericht", soweit es sich um die funktionale Zuständigkeit handelt, gar nicht geben, denn zuständig wäre das Landessozialgericht. § 76 Abs. 2 SGG ist daher so zu lesen, als ob es hieße: das zuständige Gericht der Sozialgerichtsbarkeit[2]. Das muß nicht heißen, daß die Beweisaufnahme unbedingt vor dem LSG bzw. dem OVG zu erfolgen hat, vielmehr können diese Gerichte im Wege der Rechtshilfe auch andere Gerichte um Beweisaufnahme ersuchen.

Unabhängig davon, ob mit der hier vorgenommenen Auslegung des § 76 Abs. 2 SGG eine inhaltliche Übereinstimmung mit der VwGO und der FGO angenommen wird, ist festzustellen, daß eine sachlich abweichende Regelung durch nichts gerechtfertigt wäre.

VII Zusammenfassung

Abschließend ist festzustellen, daß hinsichtlich der Geltung der in den §§ 358 - 378 ZPO enthaltenen Vorschriften für die Verwaltungsgerichtsbarkeiten inhaltliche Abweichungen nur beim Zeugnisverweigerungsrecht und der Parteivernehmung bestehen, wobei nur die das Zeugnisverweigerungsrecht aus persönlichen und sachlichen Gründen betreffenden Sondervorschriften der FGO sachlich geboten sind.

---

1) Amtl. Begr. zu § 25 d. Entwurfs zur SGO, BT-Drs. I/4357

2) Im Ergebnis ebenso Brackmann S. 246 ff. und Rohwer-Kahlmann § 76 Rn 6, der nur das örtlich zuständige Gericht der Hauptsache erwähnt.

§ 32 Rechte der Beteiligten

I Fragerecht der Parteien

Alle drei Verfahrensordnungen statuieren den Grundsatz der Parteiöffentlichkeit (§ 97 VwGO, § 83 FGO, § 116 SGG). Die Beteiligten müssen von allen Beweisaufnahmeterminen benachrichtigt werden und können der Beweisaufnahme beiwohnen. Da die Beweisaufnahme in der mündlichen Verhandlung ohnehin öffentlich ist, hat dieser Grundsatz seine Bedeutung vor allem in den Beweisaufnahmeterminen außerhalb der mündlichen Verhandlung, so bei der Zeugenvernehmung durch den beauftragten oder ersuchten Richter. Dieser Grundsatz steht in engem Zusammenhang mit dem Fragerecht der Parteien, welches jedoch vom Gesetz unterschiedlich ausgestaltet ist. § 97 S. 2 VwGO und § 83 S. 2 FGO geben dem Beteiligten ein Recht, an Zeugen und Sachverständige Fragen unmittelbar zu richten[1], während § 116 S. 2 SGG wie § 397 ZPO zunächst nur ein mittelbares Fragerecht enthalten, wonach die Beteiligten die Fragen vorlegen lassen können. Es ist jedoch unbestritten, daß der Vorsitzende des Sozialgerichts auch eine unmittelbare Befragung zulassen kann und dieses, obwohl die Beteiligten keinen Rechtsanspruch darauf haben[2], regelmäßig auch tun wird. Es bedeutet nämlich ein recht mühseliges Verfahren, wenn die Fragen dem Vorsitzenden erst vorgelegt werden und er sie dann zu stellen hätte. Der Unterschied wird daher praktisch nur gering sein, sofern überhaupt ein Unterschied besteht. Im Hinblick darauf, daß übereinstimmend der Vorsitzende unzulässige Fragen beanstanden kann, ist nicht einzusehen, warum die Beteiligten teils ein unmittelbares, teils nur ein mittelbares Fragerecht haben. Für eine Abweichung ist daher ein überzeugender Rechtfertigungsgrund nicht gegeben.

Hinzuweisen ist noch auf eine Unstimmigkeit in § 97 VwGO und § 83 FGO: das unmittelbare Fragerecht ist hiernach nur gegenüber Zeugen und Sachverständigen gegeben, nach dem Wortlaut also nicht bei einer Be-

---

1) Die Ansicht von Ziemer-Birkholz (§ 82 Rn 76) dies könne nur mit Zustimmung des Vorsitzenden geschehen, entbehrt der Grundlage, vgl. auch § 83 Rn 11.

2) Hofmann-Schroeter § 116 Anm. 2; Miesbach-Ankenbrank § 116 Anm. 3; Peters-Sautter-Wolff § 116 Anm. 3; Rohwer-Kahlmann § 116 Rn 8

teiligtenvernehmung. Angesichts dessen, daß das Beanstandungsrecht des Vorsitzenden ausreichenden Schutz gegen Ausfragungen bildet, steht einer analogen Anwendung der §§ 97 VwGO/83 FGO auf die Parteivernehmung nichts entgegen[1].

II Recht auf Akteneinsicht

1) Beschränkung durch § 120 SGG

In Konkretisierung der Grundsätze des rechtlichen Gehörs und der Parteiöffentlichkeit gewähren alle drei Verfahrensordnungen den Beteiligten das Recht auf Einsichtnahme in sämtliche dem Gericht vorliegenden Akten (§ 100 Abs. 1 VwGO, § 78 Abs. 1 FGO, § 120 Abs. 1 SGG). Dieses Recht kann zunächst übereinstimmend dadurch beschränkt werden, daß die Verwaltungsbehörde die Vorlage ihrer Akten vor Gericht aus bereits erwähnten Gründen verweigert. § 120 SGG gewährt darüberhinaus weitere Einschränkungsmöglichkeiten. Hiernach kann einmal die vorlegende Behörde die Akten zwar vorlegen, kann aber die Einsichtnahme durch die Beteiligten, praktisch also vor allem durch den Kläger, verbieten oder auch einzelne Aktenstücke von der Einsichtnahme ausschließen. Ferner kann unäbhängig davon auch der Vorsitzende des Gerichts "aus besonderen Gründen" das Recht auf Einsichtnahme beschränken (§ 120 Abs. 3 SGG), beides Einschränkungsmöglichkeiten, die im Finanz- und allgemeinen Verwaltungsprozeß nicht gegeben sind[2]. Gegen die Anordnung des Vorsitzenden zur Einsichtsbeschränkung kann das Gericht[3] angerufen werden.

---

1) Ebenso Eyermann-Fröhler § 97 Rn 4

2) OVG Münster, DÖV 1963, 771 (v. 20.10.1961)

3) § 120 Abs. 3 bezieht sich nur auf die Versagung durch das Gericht. Bei einer Ausschließung der Einsicht durch die Verwaltungsbehörde wäre daher kein Rechtsbehelf gegeben. Damit die betreffende Behörde nicht mißbräuchlich die Sachaufklärung vereiteln kann, wird teils angenommen, das SG dürfe nachprüfen, ob ein Verweigerungsgrund vorliegt (so SG Hamburg, Breithaupt 1964, 260 (262) (v. 14.6.1961)), teils, das SG sei an die Entscheidung gebunden, könne aber Gegenvorstellungen und Dienstaufsichtsbeschwerde erheben (Peters-Sautter-Wolff § 120 Anm. 3 a; Miesbach-Ankenbrank § 120 Anm. 2); teils, die Ausschlußerklärung sei Verwaltungsakt, gegen den selbständig Anfechtungsklage erhoben werden müsse (v. Köhler, NJW 1956, 1460).

Auslegung und Sinn, und damit auch die Berechtigung dieser besonderen Beschränkung der Akteneinsicht liegen nicht ohne weiteres auf der Hand, weil das Gesetz selbst keine Beschränkungsgründe nennt. Die zunächst sich aufdrängenden Gründe des öffentlichen Wohls sind in § 119 SGG genannt und berechtigen die Behörde bereits, schon die Vorlage der Akten zu verweigern. Bei Vorhandensein eines Weigerungsgrundes kann aber die Behörde nicht mit dem Vorbehalt der Einsichtsbeschränkung vorlegen, weil das Vorhandensein der Vorlageverweigerungsgründe von der zuständigen obersten Aufsichtsbehörde zu erklären ist und weil das Gericht die Akten, die einem Beteiligten vorenthalten sind, nicht verwerten darf. Der Entscheidung dürfen nämlich nur solche Tatsachen zugrunde liegen, zu denen die Beteiligten sich äußern konnten (§ 128 Abs. 2 SGG, § 108 Abs. 2 VwGO, § 96 Abs. 2 FGO)[1]. Die Beschränkung des Rechts auf Akteneinsicht bedeutet also eine Behinderung des Gerichts bei den Ermittlungen und eine Beschränkung der Urteilsgrundlagen. Das dürfte der Grund dafür sein, daß die sozialgerichtliche Praxis von dieser Möglichkeit offenbar nur sparsam Gebrauch macht oder die Kläger im Ergebnis zufriedenstellt, denn eine höchstrichterliche Entscheidung in dieser Frage ist - soweit ersichtlich -, noch nicht ergangen, obwohl hier eine Revision leicht zu begründen wäre.

Als "besonderer Grund" für die Beschränkung der Akteneinsicht durch die Behörde oder das Gericht kommt allein eine Schädigung des Beteiligten selbst in Betracht, weil der Vorrang des öffentlichen Interesses an der Geheimhaltung bereits zur Vorlageverweigerung berechtigt. Die im sozialgerichtlichen Verfahren besonders häufig verwendeten Gutachten können zuweilen Äußerungen enthalten über den seelischen Zustand, über schwere oder unheilbare Krankheiten oder über die innere Haltung des Untersuchten zu seiner Verletzung, Gegenstände, die ihm bisher unbekannt oder unbewußt geblieben sind und es in seinem eigenen Interesse auch bleiben sollten. Es ist nicht zu verkennen, daß das Bekanntwerden eines solchen Gutachtens in seinem vollen Umfang dem Untersuchten Lebensmut

---

1) a.A. SG Hamburg a.a.O., S. 260

und Genesungswillen rauben kann[1]. Der Bundesrat hat bei den Beratungen den Vorschlag gemacht, daß der Vorsitzende das Einsichtsrecht nur dann beschränken darf, wenn eine gesundheitliche Schädigung des Beteiligten droht[2]. Bei der endgültigen Fassung setzte sich jedoch die Ansicht der Bundesregierung durch, auch andere höherwertige Rechtsgüter, z. B. Ehe und Familie könnten eine derartige Beschränkung rechtfertigen[3]. Vor allem wüßte ein Beteiligter sonst, daß die Beschränkung auf einer möglichen gesundheitlichen Schädigung beruhe. Bei einer geschickten Verhandlungsführung braucht das aber keineswegs "ohne weiteres" klar zu sein. Es muß auch bezweifelt werden, ob es außer der Gefährdung der Gesundheit des Untersuchten andere private Rechtsgüter entsprechenden Gewichts gibt, die durch die Bekanntgabe des Akteninhalts wirklich beeinträchtigt werden könnten[4]. Ein weiterer, von Peters-Sautter-Wolff genannter Grund zur Beschränkung der Akteneinsicht, nämlich das Interesse an der vertrauensvollen Zusammenarbeit zwischen den Gerichten und den Behörden einerseits und den Sachverständigen andererseits[5] kann nicht anerkannt werden, denn letztlich steckt hierin ein Rest obrigkeitsstaatlichen Denkens. Sonstige Gründe, die den Akteninhalt für die Verwaltung "wertvoll"[6], für den einzelnen Beteiligten aber "schädlich" erscheinen lassen, sind nicht ersichtlich. Im Ergebnis ist daher festzuhalten, daß § 120 SGG die Beschränkung des Akteneinsichtsrechts nur zum Schutze der Gesundheit des Untersuchten zulässig ist[7] und in diesem Umfang auch durch eine Eigengesetzlichkeit des Sozialgerichtsprozesses gerechtfertigt ist.

---

1) Aus den gleichen Motiven darf auch der Arzt bei einem privatrechtlichen Behandlungsvertrag die Bekanntgabe der Diagnose in taktvoller Weise beschränken oder sogar davon absehen, vgl. Spann S. 137. Die Frage der ärztlichen Aufklärungspflicht wird fast ausschließlich unter dem Gesichtspunkt der Rechtfertigung eines ärztlichen Eingriffs durch die Einwilligung des Patienten erörtert. Die allgemeine Pflicht zur Bekanntgabe der Diagnose, der hier zu erörternden Frage vergleichbar, ist davon jedoch zu unterscheiden.

2) Anlage 2 zu BT-Drs. I/4357, zu § 68

3) Anlage 3 zu BT-Drs. I/4357

4) Ebenso Ehmke SGb 1965, 385 (386)

5) § 120 Anm. 3, ähnlich Schreier SGb 1957, 195 (196) bei "Beeinträchtigung" öffentlicher Interessen.

6) So Peters-Sautter-Wolff § 120 Anm. 3

7) Das LSG Hamburg a.a.O., S. 262/263 stellt darauf ab, ob die Versagung des Akteneinsichtsrechts durch sonstige Vorschriften gerechtfertigt ist und nennt dabei § 1631 Abs. 2 Satz 3 RVO, der allgemein die Rücksichtnahme auf den Beteiligten nennt.

Von diesem Ausgangspunkt aus ist es jedoch nicht zu rechtfertigen, daß die Abwägung des Interesses des Beteiligten an seiner Gesundheit mit dem an der vollständigen Aufklärung des Sachverhalts auf zwei Ebenen, nämlich der der Verwaltung und der des Gerichts erfolgen kann, denn ein spezifisches Interesse der Verwaltung bleibt hier außer Ansatz. Hinzu kommt, daß diese Interessenabwägung rechtlich schwer faßbar ist und daher erst auf möglichst letzter Ebene vorgenommen werden sollte. Sie setzt auch ein hohes Maß an Vertrautheit mit den Umständen des Falles, vor allem eine genaue Kenntnis un ein großes Einfühlungsvermögen mit der Person des Untersuchten voraus, Voraussetzungen, die ein Richter weit eher als ein Beamter in einer Massenverwaltung erfüllen wird. Die Vorschrift, wonach auch die Behörde die Akteneinsicht untersagen kann, wie es übrigens dem früheren Rechtszustand in der allgemeinen Verwaltungsgerichtsbarkeit entspricht[1], ist daher sachlich nicht gerechtfertigt und sollte gestrichten werden.

Das Recht auf Akteneinsicht umfaßt auch das Recht, sich Abschriften und Auszüge aus den Akten anfertigen zu lassen. Hier bestehen lediglich redaktionelle Unterschiede, die zu beseitigen sind. § 120 Abs. 2 SGG enthält allerdings nicht das Recht auf Erteilung von Ausfertigungen. Abgesehen davon, daß ein praktisches Bedürfnis für ein solches Recht nicht zu erkennen ist, kann das Gericht Ausfertigungen, also beglaubigte Abschriften, die die Urschrift im Rechtsverkehr ersetzen soll, von Akten anderer Behörden und Gerichte gar nicht liefern[2]. Dieser in Wirklichkeit nicht bestehende Divergenz ist in einer Anpassung von § 100 VwGO und § 78 FGO an § 120 Abs. 2 SGG Rechnung zu tragen.

2) Übersendung, Mitnahme von Akten

Die Einsichtnahme in die Akten usw. erfolgt übereinstimmend auf der Geschäftsstelle des Gerichts. Die Frage, ob die Akten auch an die Beteiligten übersendet werden dürfen, ist in keiner der Verfahrensordnungen ausdrücklich geregelt und auch einheitlich dahin beantwortet, daß eine Übersendung nicht erfolgen darf. Die Gefahr des Verlustes

---

1) § 65 VVG, § 170 Abs. 3 MRVO Nr. 165

2) Ebenso Klinger § 100 Anm. 8, Ziemer-Birkholz § 78 Rn 11, Peters-Sautter-Wolff § 120 Anm. 2

der Akten oder der mißbräuchlichen Verwendung rechtfertigt diese Ansicht.Allerdings stellt es § 100 Abs. 2 S. 2 VwGO dem Ermessen des Gerichts anheim, dem bevollmächtigten Rechtsanwalt die Akten zur Mitnahme in die Wohnung oder in die Kanzlei zu überlassen. Eine entsprechende Vorschrift gibt es im SGG und in der FGO nicht. Für das sozialgerichtliche Verfahren wird eine Überlassung der Akten an den Rechtsanwalt im Sinne des § 100 Abs. 2 S. 2 überwiegend für zulässig angesehen und auch praktiziert[1]. Die FGO hat jedoch bewußt auf diese Möglichkeit verzichtet. Der Grund liegt darin, daß vor den Finanzgerichten außer den Rechtsanwälten die gesamte Gruppe der steuerberatenden Berufe auftritt, deren Eingliederung in den Bereich der Rechtspflege unvollkommen ist und deren Berufs- und Standespflichten nicht so ausgeprägt sind, daß die gleiche Sorgfalt im Umgang mit Akten erwartet werden kann wie bei den Anwälten. Gerade der Schutz des Steuergeheimnisses erfordert eine besondere Obacht über die Akten. Es würde aber eine Bevorzugung der Anwälte bedeuten, nur ihnen eine Aktenmitnahme zu gestatten[2].

Im übrigen ist die Behandlung der Frage der Mitnahme der Akten sowohl in der gesetzlichen Ausgestaltung als auch in der Erörterung des Schrifttums noch sehr ungefestigt, allgemein besteht die Tendenz, bei der Aktenüberlassung größte Zurückhaltung zu üben und sie nur in Ausnahmefällen zu gewähren[3]. Da die Verweigerung der Überlassung regelmäßig lediglich Unbequemlichkeiten zur Folge hat, ist im Sinne eines Schutzes der Akten eine enge Auslegung durchaus angebracht.

Festzustellen ist daher, daß § 100 Abs. 2 S. 2 VwGO für das SGG vorbildlich, während eine abweichende Regelung der FGO gerechtfertigt ist.

---

1) Peters-Sautter-Wolff § 120 Anm. 1; Rohwer-Kahlmann § 120 Rn 3; SG Kassel ZfS 1963, 59

2) Vgl. Amtl. Begr. zu § 75 RegE FGO BT-Drs. IV/1444

3) Eyermann-Fröhler § 100 Rn 5; Peters-Sautter-Wolff § 120 Anm. 1; Rohwer-Kahlmann § 120 Rn 3; Thiele ZfS 1956, 67

III Mitteilung von Besteuerungsgrundlagen

Das Recht auf Akteneinsicht hat für den Steuerprozeß durch § 75 FGO noch eine in den anderen Gesetzen nicht enthaltene Ausprägung erhalten. Hiernach kann der Kläger als Steuerpflichtiger die Mitteilung der Besteuerungsgrundlagen beantragen. Sie sind ihm sogar von Amtswegen mitzuteilen, wenn der Inhalt der Klageschrift erkennen läßt, daß die Besteuerungsgrundlagen dem Kläger nicht bekannt sind.

Zunächst handelt es sich bei dieser Vorschrift, die einen Ausfluß des Rechts auf Gehörs darstellt, um eine Übernehme eines hergebrachten Instituts, vgl. § 256 AO[1]. Die Bedeutung dieser Vorschrift erscheint gering, denn in aller Regel sind dem Steuerpflichtigen die Besteuerungsgrundlagen ohnehin bekannt, er füllt die Steuererklärungen aus, und Abweichungen des Finanzamts sind zur vorherigen Äußerung mitzuteilen (§§ 205 Abs. 2, 211 Abs. 2 Nr. 1 u. 3 AO). § 75 FGO hat also in den Fällen Bedeutung, in denen der Kläger im Veranlagungs- und Vorverfahren einen Steuerbescheid erhält, der Tatsachen berücksichtigt, die in der Steuererklärung nicht enthalten waren, oder sonstige Tatsachen, die auch nicht in der Begründung des Bescheids angegeben sind. Derart schwerwiegende Verletzungen des Rechts auf Gehör dürften aber kaum vorkommen. Es muß bezweifelt werden, ob es überhaupt Anwendungsfälle des § 75 FGO gibt.

Die Gefahr, daß die Verwaltung in derart grober Weise das Recht auf Gehör verletzt, besteht aber, wenn überhaupt, in allen Zweigen der Verwaltung, so daß hier eine Sonderregelung nicht zu rechtfertigen ist. Im übrigen reichen die verschiedenen Ausprägungen des Rechts auf Gehör, besonders das Recht auf Akteneinsicht völlig aus, den Steuerpflichtigen über die Unterlagen der Besteuerung zu unterrichten, wenn das bei Beginn des Verfahrens nicht der Fall ist. Soweit der Steuerpflichtige den Antrag nach § 75 FGO stellt, ist diese Vorschrift ohnehin überflüssig, da schon § 78 das Recht enthält, sich Abschriften erteilen zu lassen. Soweit nach § 75 FGO die Mitteilung der Besteuerungsgrundlagen von Amtswegen zu erfolgen hat, bezweckt die Vorschrift, daß der Steuerpflichtige von dem Recht auf Gehör auch tatsächlich Gebrauch macht,

1) So auch die amtl. Begr. zu § 73 der Regierungsvorlage, BT-Drs. IV/1446

§ 75 FGO verschiebt insoweit also die Verantwortung für die Inanspruchnahme des rechtlichen Gehörs auf das Gericht. Das bedeutet zweifellos eine Systemwidrigkeit und läuft der Tendenz des Verwaltungsprozesses entgegen, die Parteien möglichst selbständig von ihren Rechten Gebrauch machen zu lassen.

Eine Berechtigung oder gar ein unabweisbares Bedürfnis zur Beibehaltung des § 75 FGO besteht daher nicht[1].

Eine weitere Besonderheit der Regelung des rechtlichen Gehörs enthält § 107 SGG, wonach auf Anordnung des Vorsitzenden eine Abschrift des Protokolls oder dessen Inhalt dem Beteiligten mitzuteilen ist. Da diese Vorschrift bereits im Rahmen des § 12 VIII behandelt worden ist, diese Vorschrift aber nicht nur im vorbereitenden Verfahren, sondern für alle Beweisaufnahmen gilt und die dort angeführten Gesichtspunkte für alle Beweisaufnahmen gelten, kann auf die dortigen Ausführungen verwiesen werden, die zu dem Ergebnis gelangten, daß § 107 SGG als Sondervorschrift überflüssig ist.

---

1) Hübschmann-Hepp-Spitaler § 75 FGO Rn 1; Ziemer-Birkholz § 75 Rn 1; Tipke-Kruse § 75 FGO Anm. 1

L e b e n s l a u f

Ich wurde am 20. Juni 1940 als Sohn des Regierungsrates Dr. jur. Helmut Knauer und seiner Ehefrau Ilse, geb. Müller in Halle an der Saale geboren. Ich bin verheiratet.

Die Schulzeit verbrachte ich in Göttingen, wo ich am 25. Februar 1961 am altsprachlichen Max-Planck-Gymnasium die Reifeprüfung bestand.

Anschließend studierte ich in Göttingen, Tübingen und wieder Göttingen Rechtswissenschaft. Am 10. September 1965 bestand ich am Oberlandesgericht Celle die erste juristische Staatsprüfung. Danach war ich zwei Jahre lang als wissenschaftlicher Hilfsassistent an der Juristischen Fakultät der Georg-August-Universität zu Göttingen tätig. Gegenwärtig befinde ich mich im juristischen Vorbereitungsdienst.